Die Funktion des Ordre Public im deutschen Internationalen Privatrecht

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Axel Epe

aus Remscheid

~~1983~~
1979

Druckerei Stehle

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536516_0038

Die Funktion des Ordre Public
im
deutschen Internationalen Privatrecht

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Axel Epe

aus Remscheid

1983

Druckerei Stehle

Dekan: Professor Dr. Hans von Mangoldt
1. Berichterstatter: Professor Dr. Dietrich Rothoeft
2. Berichterstatter: Professor Dr. Josef Esser
Tag der mündlichen Prüfung: 2. Februar 1979

Inhaltsverzeichnis

		Seite
	Einleitung	5
	Zum konventionellen IPR	8
§ 1	Das Kollisionsrecht als internationales Recht	8
§ 2	Struktur und Gesichtspunkte der Rechtswahl	20
	2. Kapitel	
	Neue Wege im Kollisionsrecht	26
§ 3	Die Methodenfrage des IPR aus amerikanischer Sicht	26
§ 4	Das Verhältnis des Kollisionsrechts zum materiellen Recht und die Aufgabe des Kollisionsrechts	37
§ 5	Die Vorschläge der sogenannten politischen Schule	47
§ 6	Materialisierung des IPR als Ausweg?	51
§ 7	Zum Vorschlag einer allgemeinen Ausweichklausel	55

Seite

3. Kapitel

Qualifikation 61

§ 8 Primäre und sekundäre Qualifikation 62

§ 9 Qualifikationsgegenstand und Qualifikationsverfahren 71

§ 10 Qualifikation und funktionale Rechtsvergleichung 81

4. Kapitel

Zu den Lehren von den Sonderanknüpfungen 89

§ 11 Grundlagen und Entwicklung 89

§ 12 Der Widerspruch der Sonderanknüpfungslehren zu System und Methode des IPR 98

5. Kapitel

Zum Grundverständnis des ordre public in Lehre und Rechtsprechung 107

§ 13 Die Entwicklung des ordre public 108

§ 14 Die Struktur des ordre public im konventionellen IPR - seine positive und negative Wirkung 125

Seite

§ 15 Anknüpfung und ordre public - zur Relativität des Vorbehalts 130

6. Kapitel

Möglichkeiten einer kollisionsrechtlichen Funktion des ordre public 139

§ 16 Der ordre public als Kollisionsnorm 140

§ 17 Ordre public und richterliche Diskretion bei der Rechtswahl 149

7. Kapitel

Die Korrektur und Verfeinerung der Rechtswahl anhand des ordre public 160

§ 18 Art. 30 EGBGB als Kollisionsnorm und die kollisionsrechtliche Argumentationsstruktur 160

§ 19 Allseitigkeit spezieller Kollisionsnormen - Allseitigkeit der Korrekturklausel? 178

§ 20 Ergebnis und offene Fragen 187

Literaturverzeichnis 191

UNIV. LEIDEN RBL.

Einleitung

Nichts ist auf den ersten Blick im IPR weniger fragwürdig als die Funktion des ordre public. Es scheint, daß er vor unliebsamen Überraschungen bei dem "Sprung ins Dunkle" des ausländischen Rechts Schutz bieten soll. Nach ihrem Wortlaut und ihrer weithin übereinstimmenden Auslegung und Dogmatisierung begrenzt, inhibiert die Vorbehaltsklausel im Einzelfall die Anwendung fremden Rechts seines Inhalts wegen. Sie soll jedoch keine Aussage zur Anknüpfung, zur eigentlichen Rechtswahlentscheidung enthalten.

Jedoch schon die Tatsache, daß in Rechtsprechung und Lehre diese These vom ausschließlich inhibierenden Charakter des ordre public kaum je konsequent vertreten wird, läßt an ihr zweifeln. Immer wieder wird auch auf eine positive Wirkung der Vorbehaltsklausel und auf die Möglichkeit, mit ihrer Hilfe "versteckte" Kollisionsnormen zu entdecken, verwiesen [1]. Bereits dies legt die Vermutung nahe, daß auch beim ordre public nicht der Inhalt des ausländischen Rechts, sondern die Sachgerechtigkeit der Anknüpfung in Frage steht.

Damit rückt als entscheidende Frage das Problem der Bedeutung des materiellen Rechts, seiner jeweiligen Zielsetzungen und Wertungen für die Rechtswahl in den Mittelpunkt. Es ist eine der

---

1) Dies gilt nicht nur für das deutsche IPR, auf das sich diese Untersuchung beschränkt. Obwohl der Anwendungsbereich der doctrine of public policy im traditionellen amerikanischen Kollisionsrecht geringer ist, da für weite Bereiche, besonders im Familienrecht, die lex fori gilt, vgl. Lloyd, Public Policy, S. 87 ff.; Kahn-Freund, Trans.Act Grotius Soc. 39 (1954), S. 39 ff., 42 ff., ist auch dort die regelbildende Kraft der public policy bemerkt worden, vgl. z.B. Holder, Int. Comp. L. Q. 17 (1968), S. 926 ff., 950 ff.; Paulsen/Sovern, Col. L. Rev. 56 (1956), S. 969, 980 ff.; Lorenzen, Yale L. 7, 33 (1924), S. 736, 747.

wesentlichen Prämissen des konventionellen IPR [2], daß das materielle Recht grundsätzlich ohne Bedeutung für die Rechtswahl ist. Gerade diese Frage ist jedoch das zentrale Problem des sogenannten Methodenstreits im IPR. Dieser Streit ist dabei nicht eine Auseinandersetzung um die Frage, ob die Rechtsfindung im IPR als Ergebnis des Abwägens einer Vielzahl unterschiedlicher Gesichtspunkte zu deuten ist. Angesichts der nur rudimentären gesetzlichen Regelung des IPR ist Rechtsfindung hier in weit höherem Maße als im materiellen Recht Rechtsschöpfung [3]. Dies beginnt bereits bei der allseitigen Ausdehnung der im EGBGB nur einseitig konzipierten Kollisionsnormen, gilt ebenso für die Frage der Reichweite der einzelnen Kollisionsnormen und schließt die Frage nach der weiteren Differenzierung neben, aber auch innerhalb der Kollisionsnormen des EGBGB ein. Im IPR ist die entscheidende Frage vielmehr, ob und inwieweit der Katalog der relevanten Gesichtspunkte auf spezifisch international-privatrechtliche Topoi begrenzt und daher das Kollisionsrecht vom materiellen Recht losgelöst werden kann [4]. Die Frage nach der

---

2) Statt des Begriffs des "klassischen" IPR, der zu der unzutreffenden Annahme einer der Vergangenheit angehörenden Lehre und Praxis führen könnte, soll hier der Begriff des konventionellen IPR gebraucht werden, der die Elemente der Überlieferung, der Vereinbarung und des Gegenwartsbezugs in sich vereinigt.

3) Vgl. zu der Lückenhaftigkeit des IPR im EGBGB aufgrund der widerstreitenden Interessen und Ansichten und des notwendigen Kompromisses im Gesetzgebungsverfahren jüngst Hartwieg, RabelsZ 42, S. 431 ff.

4) Insoweit beruht daher m.E. die Kritik von Goerke, NJW 1975, S. 1587 an der Rezension Weyers zu Firsching, Einführung in das Internationale Privatrecht, NJW 1975, S. 489, auf einem Mißverständnis des Begriffs des Methodenstreits im IPR. Den topischen Charakter der Rechtswahlentscheidung belegen schon die neueren Lehrbücher, vgl. Kegel, IPR, S. 56 ff., "international-privatrechtliche Interessen"; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 160 ff., "Maximen der Anknüpfung"; vgl. auch Ferid, IPR, S. 2, 4.

Funktion des Vorbehaltsklausel kann aber nur aus dem Gesamtzusammenhang des IPR und der für die Rechtswahl relevanten Topoi heraus beantwortet werden.

Aus der Annahme einer positiv kollisionsrechtlichen Funktion der Vorbehaltsklausel folgt die These, daß sie ein taugliches Instrument zur Erweiterung und Verfeinerung der in Zahl und Differenzierungsgrad beschränkten Kollisionsnormen des konventionellen IPR ist. Dies erfordert neben einer Analyse der Qualifikation, der Erschließung bestehender Kollisionsnormen, auch eine Auseinandersetzung mit der Lehre von den Sonderanknüpfungen und der Idee von den in Sachnormen "versteckten" Kollisionsnormen.
Eine kritische Würdigung der Entwicklung der Vorbehaltsklausel seit Savigny führt zu dem Schluß, daß der hier vorgetragenen These keine entscheidenden Argumente oder unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen. Aus der Rechtsprechung läßt sich belegen, daß sie unausgesprochen bereits in die Praxis Eingang gefunden hat. Für eine sachgerechte Weiterentwicklung des Kollisionsrechts, die nicht nur die gerechte Einzelfallentscheidung, sondern auch eine - wenn auch immer nur vorläufige - Systematisierung zum Ziel haben muß [5], ist es jedoch erforderlich, diese Funktion des ordre public und damit seinen Wandel von der Vorbehaltsklausel zur Korrekturklausel zu erfassen und zu berücksichtigen.

---

5) Zu dem hier zugrunde gelegten Verständnis von Dogmatik vgl. Esser, FS Raiser, S. 517, 522 ff.

1. Kapitel

Zum konventionellen IPR

Bei aller Verschiedenheit im Detail zeichnet sich das konventionelle IPR in seiner theoretischen Fundierung durch einige gemeinsame Prinzipien aus. Hierzu zählt die gemeinsame Überzeugung von der Funktion des IPR als unabhängigem Regelungssystem zwischen den Rechtsordnungen, der Konsens über die willkürliche Gliederung des Entscheidungsganges bei Sachverhalt mit Auslandsbezügen in die jeweils streng voneinander isolierten Stufen der Rechtswahl, der Rechtsanwendung und die Annahme einer weitgehenden Unabhängigkeit des Kollisionsrechts vom materiellen Recht [1]. Diese Prinzipien prägen das kollisionsrechtliche System insgesamt, sie sind von entscheidender Bedeutung für die Struktur der Rechtswahl, für die Beschränkung der bei den Interpretationen der Kollisionsnormen maßgebenden Gesichtspunkte und für die Bestimmung der Funktion der Vorbehaltsklausel.

§ 1

Das Kollisionsrecht als internationales Recht

Besonders charakteristisch für das konventionelle IPR ist sein "Internationalismus" [2]. Ausgesprochen oder unausgesprochen

---

1) Hier wie im folgenden wird entsprechend der im IPR üblichen Terminologie "materielles Recht" als Gegensatz zum Kollisionsrecht, nicht zum Prozeßrecht gebraucht. Kollisionsrecht und IPR, Kollisionsnormen und Verweisungsnormen werden als Synonyme benutzt, ohne daß hiermit - wie bei Braga, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 89 ff., hierzu s.u. 2) - inhaltliche Differenzierungen verbunden werden.

2) Dieser wenig schöne Begriff ist im IPR seit der Auseinandersetzung um die Quellen des IPR (s.u.) eingeführt und findet auch in der heutigen IPR-Debatte Verwendung, vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 95 f.; daher soll er auch hier verwandt werden.

geht die Lehre davon aus, daß das IPR zwar nicht in seinen Quellen, aber in seiner Zwecksetzung und seiner Funktion internationales Recht im eigentlichen Sinne ist [3]. Diese Haltung entfaltet ihre praktische Wirkung in der Maxime der internationalen Entscheidungsharmonie, im Postulat einer spezifischen international-privatrechtlichen Gerechtigkeit und bei der Beurteilung der Relevanz des materiellen Rechts, wie sie besonders bei der Grundrechtsproblematik im IPR deutlich wird.

Der Ausgangspunkt des Ideals der internationalen Entscheidungsharmonie findet sich bei Savigny. Für ihn war "die wünschenswerte Gegenseitigkeit und Übereinstimmung in der Entscheidung von Kollisionsfällen innerhalb der völkerrechtlichen Gemeinschaft" zugleich Ziel und Grundlage des Kollisionsrechts [4].

Seine Hoffnung auf die Realisierbarkeit dieses Ideals gründete sich einerseits auf die Rechtsentwicklung seiner Zeit. Die Zunahme der grenzüberschreitenden Kontakte schuf seines Erachtens das Bedürfnis für die Anerkennung und Ausbildung universal geltender kollisionsrechtlicher Regeln [5]. Hierin sah er sich auch durch die Tendenz der zeitgenössischen Schriftsteller bestätigt, die auf dem Gebiet der Gesetzeskollisionen nach einem allgemeinen Gewohnheitsrecht suchten [6]. Die schon zu seiner Zeit zunehmende Zahl von Staatsverträgen auf diesem Gebiet, die nach seiner Auffassung die Entwicklung zur Vereinheitlichung förderten und Ausdruck der "allgemeinen Rechtsgemeinschaft" waren, boten ihm ein weiteres Indiz für die Möglichkeit einer

---

3) Vgl. z.B. Firsching, Einführung, S. 1; Neuner, Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm, S. 28; Neumayer, Notgesetzgebung, S. 52.
4) Vgl. Savigny, System VIII, S. 26 f.
5) Vgl. a.a.O., S. 29.
6) a.a.O. mit Hinweis in FN h auf Waechter und Schäffner.

(fast) vollständigen Einheitlichkeit des Kollisionsrechts [7].

Jedoch dürfen diese Bemerkungen Savignys nicht als theoretische Grundlage seines IPR-Systems mißverstanden werden [8]. Sie dienten ihm nur als empirischer Beleg für die Tendenz des Kollisionsrechts und verdeutlichten, daß das von ihm entworfene System auch international akzeptabel war [9]. Aber man kann hierin nicht das theoretische Fundament seines Systems, das beim Rechtsverhältnis ansetzt und hieraus allseitige Kollisionsnormen entwickelt, sehen [10]. Dies findet sich vielmehr in dem engen Zusammenhang zwischen Savignys Entwurf eines kollisionsrechtlichen Systems und seiner Rechtstheorie [11].

Es waren gerade die rechtstheoretischen Einsichten, die zum Rückgriff auf die "Natur der Rechtsverhältnisse" führten und die Idee eines universalen Kollisionsrechts auf dieser Grundlage ermöglichten. Sie bestimmten aber auch die Idee und die Gestaltung einer allgemeinen Vorbehaltsklausel.

Hierbei soll nicht verkannt werden, daß schon vor Savigny die Statutisten zu allseitigen Kollisionsnormen gefunden hatten und sie auch begriffliche Rechtsverhältnisse verwendet haben [12].

---

7) a.a.O., S. 30 ff., vor allem mit Hinweis auf die zweiseitigen Verträge Preußens.
8) In dieser Richtung aber Joerges, Funktionswandel, S. 11 f. und ders., RabelsZ 36 (1972), S. 437, 470.
9) So auch Lorenz, Zur Struktur des IPR, S. 50.
10) Vgl. M. Gutzwiller, Der Einfluß Savignys, S. 44.
11) So schon Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S. 215 ff.; vgl. auch Joerges, Funktionswandel, S. 9 f.; ders., RabelsZ 36 (1972), S. 423 f., 433 ff., 467 ff.; besonders aber Bucher, Grundfragen der Anküpfungsgerechtigkeit im IPR, S. 29 ff.
12) Vgl. die Nachweise bei Lorenz, Zur Struktur des IPR, S. 29 ff.; besonders zu Bartolus, S. 30 ff. und zu Johan Nikolaus Hert, S. 34 ff.; vgl. ferner auch Gamillscheg, Der Einfluß Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, S. 77; Herrmann, Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre, S. 100 f.

Wie jedoch auch Lorenz zutreffend anmerkt, nehmen die statutentheoretischen Überlegungen die Funktion eines "allgemeinen Teils" des IPR wahr [13]. Ihre Aufgabe erschöpft sich aber nicht nur in einer "Kontrolle" der speziellen Kollisionsnormen, wie dies Lorenz annimmt, sondern sie enthalten damit auch die Normbildungstheorie des IPR, wie auch heute der Allgemeine Teil des IPR, vor allem die Qualifikation, hierin einen Schwerpunkt hat [14]. Das nach der grundlegenden Kritik Waechters [15] an der Statutenlehre von Savigny geschaffene Modell greift demgegenüber von vornherein auf das "Rechtsverhältnis" als Grundlage des Kollisionsrechts zurück und verzichtet auf statutentheoretische Überlegungen [16].

Bei dieser grundlegenden Reform des IPR war nicht Savignys Rechtsentstehungstheorie von ausschlaggebender Bedeutung, wie dies zum Teil behauptet wird [17]. Die "Entstaatlichung" des Privatrechts folgt nicht aus der Rechtsentstehung, aus dem "Volksgeist", die Vorstellung eines "vorstaatlichen Privatrechts" oder "eines dem Staat selbständig gegenübertretenden rechtlichen Kosmos" war Savigny fremd [18]. Im Gegenteil, Savigny betont die notwendige Staatlichkeit des Privatrechts und verwirft den Gedanken eines "Naturzustandes" des Privatrechts vor "Er-

---

13) Vgl. Lorenz, a.a.O., S. 29, 35, 38.
14) Lorenz, a.a.O., S. 29 sieht dagegen nur die Kontrollfunktion. Zur Qualifikation s.u. Kap. 3.
15) In AcP 24 (1841), S. 230 ff.; 25 (1842), S. 1 ff., 361 ff.
16) Dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß Savigny diesen Ansatz als gleichberechtigt ansah, vgl. System VIII, S. 2 ff.; die Ausnahmen Savignys, "Gesetze von streng positiver Natur" und unbekannte Rechtsinstitute, vgl. System VIII, S. 33, sind m.E. keine Übernahme statuistischer Ansätze (so aber Lorenz, a.a.O., S. 49). Sie folgen vielmehr konsequent aus seinem rechtstheoretischen Ansatz, s.u. Kap. 5. Bei diesen Ausnahmen wird dementsprechend bewußt auf die Festlegung von Anknüpfungspunkten verzichtet.
17) Hierin sehen Vogel und Joerges den Schwerpunkt, vgl. Vogel, a.a.O., S. 215; Joerges, Funktionswandel, S. 6 ff.
18) Zitate aus Vogel, a.a.O., S. 216 ff.

findung des Staates" [19].

Die "freie Behandlung" des staatlichen Privatrechts im Kollisionsrecht ist vielmehr Folge seiner - von Kant beeinflußten - universalen Rechtsauffassung [20]. Recht ist danach "Rahmenrecht, das die Grenze, innerhalb welcher das Daseyn und die Wirksamkeit jedes einzelnen einen sicheren, freyen Raum gewinnen", zieht [21]. Grundlage hierfür sind nicht nur die durch "zufälliges Bedürfnis" hervorgebrachten subjektiven Rechte, sondern die Rechtsverhältnisse, "von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraktion ausgeschiedene Seite darstellt"; die Einteilung der Rechtsverhältnisse gewinnt Savigny aber nicht aus den Rechtsregeln oder dem System des materiellen Rechts, sondern durch einen Rückgriff auf allgemeine sozialphilosophische Kategorien [22].

Das Wesen, die Natur der Rechtsverhältnisse im "reinen Recht" wird also gerade durch den ihm innewohnenden jeweils spezifischen Zweck, nämlich der sittlichen Freiheit des Menschen zu dienen, bestimmt. Damit findet sich im Wesen der Rechtsverhältnisse ein einheitliches Verknüpfungselement zwischen Rechtsverhältnis und Rechtsregeln [23]. Der Ansatz beim Rechtsver-

---

19) Vgl. System I, S. 331 f. Wie hier auch Bucher, a.a.O., S. 7 f., 11 f.

20) Zum Einfluß Kants bei Savigny, vgl. Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 5 ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 353 f., 375 f., 397 f.; Coing, Kant und die Rechtswissenschaft; ders., Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte, S. 202; zuletzt Stühler, Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780 bis 1815, A III 1.

21) System I, S. 331 f.

22) System I, S. 7; vgl. hierzu auch Kahn, Gesetzeskollisionen, Abh. I, S. 1 ff., 94 f.; Coing, Eranion Maridakis III, S. 19 ff., 24, 26.

23) Zur Einteilung der Klassen der Rechtsverhältnisse und dem Zusammenhang mit den Rechtsinstituten vgl. Coing, Eranion Maridakis III, S. 19 ff., 25 ff.

hältnis im Kollisionsrecht entspringt also der Auffassung, "daß das Urteil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht" [24].

Diese Auffassung ist aber nicht auf eine einzelne Rechtsordnung beschränkt. Die kollisionsrechtliche Harmonie ist die Konsequenz einer universalen Auffassung von der Natur der Rechtsverhältnisse und dem einheitlichen Zweck allen "regelmäßigen Rechtes". Folgerichtig entzieht sich daher auch "anormales Recht", also Regeln, die anderen als diesem Zweck dienen, einer solch freien Behandlung [25]. Erst so wird auch Savignys Ansatz, "daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner Natur nach angehört oder unterworfen ist", recht verständlich [26]. Dieser rechtstheoretische Zusammenhang ging in der weiteren Entwicklung des 19. Jahrhunderts verloren, es blieb lediglich der formale Ansatz bei der "Natur des Rechtsverhältnisses", der fortan das IPR beherrschte [27].

An dieser internationalistischen Grundlage änderte auch die Auseinandersetzung zwischen Internationalisten und Nationalisten um die Jahrhundertwende und der Sieg letzterer nichts. Denn hier ging es nicht um die Funktion des IPR, sondern um seine Quellen. Die internationalistische Schule, vor allem Zitelmann, folgerte aus der Zielvorgabe eines international einheitlichen Rechts auf eine gleichermaßen internationale Rechtsquelle [28].

---

24) a.a.O., FN 21.
25) Vgl. System I, S. 61; System VIII, S. 32.
26) System VIII, S. 28.
27) Kennzeichnend die Entwicklung allseitiger Kollisionsnormen auch für Bereiche des "anormalen Rechts", vgl. z.B. M. Gutzwiller, a.a.O., S. 103 f., Zum Siegeszug der Formel Savignys vgl. ebenda, S. 49 ff., Zur Weiterentwicklung des IPR, insbesondere zu v. Bar, vgl. Bucher, a.a.O., S. 18 ff.
28) Zur internationalen Einheitlichkeit vgl. Zitelmann, IPR I, S. 7 f.; zahlreiche Nachweise zu den Internationalisten insgesamt bei Kahn, Abh. I, S. 3 FN 2, S. 270 FN 29.

Die somit notwendigen einheitlichen und beweisbaren Prinzipien mußten im Völkerrecht angesiedelt werden, da nur dessen Regeln als übergreifendes Recht anerkannt waren und somit keiner weiteren Begründung bedurften [29]. Die diese petitio principii stützende Deduktionskette nimmt die Notwendigkeit der "internationalen Wirkung" in ihre Voraussetzungen mit auf und operiert im übrigen lediglich formal: Sie schließt von der Behauptung, subjektives Privatrecht sei durch das Gesetz des Staates verliehene Macht auf die These, daß nur der Staat mit internationaler Wirkung Recht geben und nehmen könne, der eine völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht entsprechenden Inhalts habe [30].

Demgegenüber betonte die nationalistische Schule aus einer gesetzespositivistischen Grundhaltung heraus den nationalen Charakter des Kollisionsrechts im Sinne der Nationalität der Quellen und der Verantwortung der nationalen Gesetzgeber [31].

An der internationalen Funktion des IPR und den hieraus entstehenden Folgen für die Struktur des IPR wird jedoch auch hier kaum gezweifelt. So hielt Niemeyer am sogenannten Individualitätsprinzip und an der Vorstellung einer internationalen Rechtsgemeinschaft ausdrücklich fest [32]. Nur Franz Kahn betonte den engen Zusammenhang zwischen den Sachnormen und den jeweiligen Kollisionsnormen, eben weil auch letztere nationales Recht seien [33]. Jedoch sah auch er als Ideal und Ziel des inter-

---

29) Vgl. Zitelmann, a.a.O., S. 25.
30) Vgl. Zitelmann, a.a.O., S. 42 ff., 71.
31) Zur Kritik an der internationalistischen Schule vgl. Kahn, Abh. I, S. 255 ff., 268 ff.
32) Vgl. Niemeyer, Das internationale Privatrecht des BGB, S. 50 f., bes. die Stellungnahme zu Zitelmann, a.a.O., S. 51.
33) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 48. Dort "nationalisiert" Kahn - insoweit im Gegensatz zu Savigny - auch die "Natur der Rechtsverhältnisse". Vgl. ferner Kahn, a.a.O., S. 255 ff., 268 ff. Zum Zusammenhang zwischen Sachnormen und Kollisionsnormen a.a.O., S. 216 ff.

nationalen Privatrechts die internationale Entscheidungsharmonie [34].

Als Beleg für einen internationalistischen, universellen Aufbau des IPR trotz Betonung seines nationalen Charakters kann auch der im übrigen vereinzelt gebliebene Ansatz von Frankenstein herangezogen werden [35]. Das Postulat von bestimmten "Primäranknüpfungen" als "wissenschaftliche Wahrheit" schafft auch bei Frankenstein ein allen Rechtsordnungen gemeinsames, universales Grenzrecht [36]. Verstärkt wird dieses Moment noch durch die untergeordnete Rolle der sekundären Anknüpfungen und die scharfe Verurteilung der "Pseudoanknüpfungen" [37].

Die internationale Entscheidungsharmonie hat in der Lehre nach wie vor einen sehr hohen Stellenwert, wenn auch das konventionelle IPR sie als entscheidungsleitende Maxime zunehmend in Zweifel zieht [38]. So sieht Wengler sie in seinen sechs kollisionsreichen Prinzipien (ordre public, materielle Harmonie, Konfliktsminimum, Zweck der Sachnormen, Durchsetzbarkeit, politisches Interesse der Rechtsordnung) als das schwächste Prinzip, das hinter den anderen im Konfliktsfall zurücktritt [39]. Allerdings, da jedoch die "starken" Prinzipien nach Wengler

---

34) Vgl. a.a.O., S. 310. Zu berücksichtigen ist aber die große Rolle, die Kahn hier der materiellen Rechtsvergleichung zuschreibt, a.a.O., S. 316. Zudem bleibt auch dann noch ein "Rest", bei dem es aufgrund der materiellen Divergenzen keine gemeinsame Kollisionsregel geben kann, a.a.O., S. 317 ff.

35) Zur nationalen Herkunft seines "Grenzrechts", vgl. Frankenstein, IPR, S. 20 f.

36) Vgl. a.a.O., S. 34.

37) Vgl. a.a.O., S. 129.

38) Vgl. Kegel, IPR, S. 60; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 53 ff.; vgl. auch Neuhaus, FS Kegel, S. 23 ff., 28, der auch für die sogenannten politischen Gesetze durch allseitige Kollisionsnormen den internationalen Entscheidungseinklang anstrebt.

39) Vgl. Wengler , ZöffR 23 (1944), 473 ff., 501.

Ausnahmecharakter haben, wird das Prinzip des Konfliktminimums doch zum eigentlichen kollisionsrechtlichen Element [40]. Insgesamt sieht jedoch die heutige Lehre das Prinzip der internationalen Entscheidungsharmonie eher pragmatisch als Schutz der Rechtssicherheit und Abwehr des "Forum-Shoppings", des Ausnutzens zufälliger internationaler Zuständigkeit [41].

Diesem formalen Ideal des IPR wird vielfach als inhaltliches Kriterium die sogenannte international-privatrechtliche Gerechtigkeit zur Seite gestellt [42]. Diesen Überlegungen liegt dabei die These zugrunde, daß das IPR als ein besonderer Teil der Rechtsordnung einen eigenen, besonderen Beitrag zur Rechtsidee leiste, also über eine spezifisch eigene Gerechtigkeit verfüge [43].

Die kollisionsrechtliche Entscheidung geht dabei von der Gleichwertigkeit aller in Betracht kommenden Rechtsordnungen aus.

---

40) So auch Wengler, a.a.O.

41) Vgl. Kegel, IPR, S. 59 f.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 50 ff.

42) Vgl. Kegel, IPR, S. 54 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 42 ff.

43) So ausdrücklich Neuhaus, a.a.O., der den Beitrag des IPR dabei mit den Beiträgen des Zivilrechts, Strafrechts und Verwaltungsrechts vergleicht. Vgl. ferner Kegel, IPR, S. 55: "IPR-Gerechtigkeit geht vor der materiell-rechtlichen." Einen anderen Weg zur Begründung des IPR als besonderem Teil der Rechtsordnung ist jüngst A. Lüderitz in FS Kegel, S. 31 ff. gegangen. Durch die Berücksichtigung auch materiell-rechtlicher Erfolgsinteressen bzw. materieller Anpassungsinteressen soll die Legitimation des IPR als Sonderrecht aus der (unmittelbaren) Befriedigung privater Bedürfnisse entnommen werden. Zwar zeigt A. Lüderitz die Verbindungslinien vom materiellen Rechts zum Kollisionsrecht, jedoch wird nicht deutlich, wie die materiell-rechtlichen Anpassungsinteressen bzw. Erfolgsinteressen (wessen?) in das gegenwärtige kollisionsrechtliche System einfließen sollen. So kommt z.B. der von A. Lüderitz vorgeschlagenen Differenzierung in Statusbegründung und Statuswirkung nur formale Bedeutung zu, wie gerade auch seine Erörterung der einzelnen Statuswirkungen zeigt (vgl. S. 43 ff.).

Diese Gleichberechtigung aller Rechtsordnungen und die Auswahlmöglichkeit nach übergeordneten, nicht materiellen Kriterien wird im konventionellen IPR vielfach mit einer "Neutralität" des Zivilrechts gegenüber dem hiervon abzugrenzenden und abgrenzbaren öffentlichen Recht begründet. Das Zivilrecht soll hier nur einen gerechten Ausgleich zwischen Privaten betreffen. Staatliche, d.h. politische Gesichtspunkte könnten daher außer Betracht bleiben bzw. dem ordre public überantwortet werden.

Privatrecht strebe nach universal gerechten Lösungen. Daher bestünde in der Regel kein Widerspruch zwischen staatlichen Interessen einerseits und der Anwendung ausländischer Rechte andererseits, denn auch diese stellten eine mögliche gerechte Lösung dar [44]. Der Bezug zur materiellen Rechtsordnung wird nur noch durch die Gebundenheit an die Wertentscheidungen der nationalen Rechtsordnung insgesamt hergestellt, die selbst diese Meinung nicht ignorieren kann [45].

Daraus folgt eine Beschränkung der Gerechtigkeitskriterien des IPR auf internationale Gesichtspunkte. Dies wird besonders deutlich in Kegels Versuch, die Lehre Hecks von der Interessen-

---

44) Vgl. hierzu vor allem Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 183; ferner Neuhaus, Grundbegriffe, S. 32 f. Nach Neuhaus, a.a.O., ändert ein Wandel des Privatrechts aufgrund der Übereinstimmung der Gesetzespolitik der für das IPR wichtigsten Staaten nichts an der internationalen "Fungibilität" der Privatrechtsnormen. Die kollisionsrechtliche Behandlung des öffentlichen Rechts ist sehr umstritten. Die h.L. folgt noch weitgehend der von Karl Neumeyer begründeten Lehre der nur einseitigen Kollisionsnormen. Noch zurückhaltender aufgrund rechtstheoretischer Vorüberlegungen Vögel, a.a.O., insbes. S. 298 ff., a.A. z.B. Zweigert, FS Institut f. Int. R. Kiel, S. 124 ff. Die Entwicklung geht zusehends auf eine Einbeziehung auch des ausländischen öffentlichen Rechts in die allgemeinen kollisionsrechtlichen Institute, vgl. Kegel, IPR, S. 504 ff.

45) So Neuhaus, Grundbegriffe, S. 45; Beitzke, FS Smend, S. 1 ff., betrachtet den Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Kollisionsrecht als "ungeklärt". Vgl. demgegenüber Kahn, Abh. I, S. 316 ff.

jurisprudenz für das IPR nutzbar zu machen [46]. Er reduziert die Parteiinteressen ausschließlich auf das Interesse an der Anwendung des Heimatrechts. Auch zu den sogenannten Ordnungsinteressen gehören bei ihm nur international ausgerichtete Gesichtspunkte wie die internationale Entscheidungsharmonie und das Prinzip der realen Entscheidung. Die materiell-privatrechtlichen Interessen werden nach Kegel nur im Rahmen des ordre public berücksichtigt [47].

Die internationalistische Grundhaltung im konventionellen IPR wurde und wird noch besonders deutlich bei der Debatte um die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts. Die hierzu von der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1971 vertretene Auffassung sah den Geltungsbereich der Grundrechte a priori durch die Kollisionsnormen beschränkt [48]. Dies läßt sich nur dann aufrechterhalten, wenn man von der nationalen Quelle des Kollisionsrechts abstrahiert und die Funktion der Kollisionsnormen als "übernationales Recht" auffaßt.

Allerdings hat jüngst Lorenz in Weiterführung eines Ansatzes von Wengler die Hypothese aufgestellt, daß die Anwendung des ausländischen Rechts selbst eine Folge des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sei, da mit diesem aufgefordert werde, Ungleiches seiner Ungleichheit entsprechend zu

---

46) Vgl. Kegel, FS Lewald, S. 259 ff.; ders., IPR, S. 56 ff.

47) Vgl. Kegel, IPR, S. 56, 63, 236 f.; A. Lüderitz, FS Kegel, S. 31 ff., hat jüngst durch die Berücksichtigung "materieller Anpassungsinteressen" versucht, diese Beschränkung der Interessenlehre Kegels zu überwinden.

48) Vgl. Ferid, FS Dölle II, S. 119 f., 142; Gamillscheg, FS Nipperdey I, S. 323 ff., 327 f.; BGHZ 41, 136; a.A. Wengler, JZ 1964, S. 621; BVerfGE 31, 58; vgl. hierzu auch die Reaktionen in RabelsZ 36 (1972), S. 1 ff. Einen Überblick über den Stand der Meinungen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt Müller-Freienfels, FS Kegel, S. 55 ff.

beurteilen [49]. Die Nichtanwendung der lex fori und die Anwendung ausländischen Rechts bei der Beurteilung "heterogen verknüpfter" Sachverhalte - homogene, also reine Inlandssachverhalte unterliegen nach Lorenz a priori nicht dem Kollisionsrecht [50] - soll sich hiernach als "die gleichheitssatzkonforme Berücksichtigung des materiell-privatrechtlich relevanten und deshalb zur Kollisionsrechtsfrage führenden Faktors Auslandsberührung und damit als gleichheitssatzkonforme materiell-privatrechtliche Beurteilung heterogen und homogen verknüpfter Sachverhalte" erweisen [51].

Allerdings sieht Lorenz dies nur als "methodische Verpflichtung". Zur Beantwortung der Frage nach den inhaltlich-normativen Relevanzkriterien, also der Frage, welche Auslandsberührung zur Anwendung welchen ausländischen Rechts führt, verweist er auf die älteren Ansätze von Wengler, Zweigert, Beitzke und Kegel [52].

Jedoch folgert Lorenz aus dieser Hypothese, daß bei Eingreifen des ordre public aufgrund der Grundrechte gegenüber ausländischem Recht eine verfassungsrechtliche Antinomie vorliege [53]. Darin ähnelt er Wengler, der auch die Notwendigkeit der Anknüpfung an eine Rechtsordnung als Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes sieht [54]. Eine derartige Antinomie zwischen dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und der dem Gleichbehandlungsgrundsatz konformen Berücksichtigung des Faktors Auslandsberührung sieht Lorenz auch bei der Pro-

---

49) Vgl. Lorenz, a.a.O., S. 60, 64; Wengler, Law & Cont. Prob. 28 (1963), S. 822 ff.; ders., FS Deutscher Juristentag 1960, S. 238 ff., 289.
50) a.a.O., S. 56, 65.
51) a.a.O., S. 60.
52) a.a.O., S. 65.
53) So in Law & Cont. Prob., S. 840 f.
54) So Lorenz, a.a.O., S. 67 ff.; Wengler, a.a.O., S. 851 ff.; ders., FS Deutscher Juristentag 1960, S. 289 ff.

blematik der gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoßenden Kollisionsnorm [55]. Die internationale Funktion des IPR scheint nach diesen Ansätzen schon verfassungsrechtlich geboten, da eine Auslandsberührung automatisch den jeweiligen Sachverhalt "zwischen die Rechtsordnungen" rückt [56].

§ 2

Struktur und Gesichtspunkte der Rechtswahl

Dem Internationalismus des konventionellen IPR entspricht eine Strukturierung des Entscheidungsprozesses, die streng zwischen Rechtsfindung, Rechtsanwendung und Kontrolle der Rechtsanwendung unterscheidet.

Auf der ersten Stufe wird nur nach der jeweils maßgeblichen Rechtsordnung gefragt. Bei diesem Entscheidungsprozeß wird die maßgebliche inländische Kollisionsnorm gesucht und angewandt und bei Verweisung auf ausländisches Recht eine Rück- oder Weiterverweisung durch dessen Kollisionsrecht geprüft. Schon die Bestimmung der jeweils anwendbaren Kollisionsnorm ist eine Quelle erheblicher Meinungsverschiedenheiten. Bei der Qualifikation, dem Interpretations- und Subsumtionsprozeß im IPR [57], ist ungeklärt, was unter den von der Kollisionsnorm gebrauchten Systembegriff subsumiert wird, ob der "Sachverhalt" eine "Rechtsfrage", ein "Rechtsverhältnis", ein "Lebensverhältnis"

---

55) Vgl. Lorenz, a.a.O., S. 66.
56) Dies wird schon aus den Gliederungen der Lehrbücher deutlich, vgl. Kegel: IPR, Anknüpfungsnormen, Qualifikation, Angleichung, Vorfrage, Rück- und Weiterverweisung, Verweisung bei Rechtsspaltung, bedingte Verweisung, Anknüpfungsmomente, Gesetzesumgehung, Anwendung ausländischen Rechts, ordre public und Vergeltung. Ähnlich Neuhaus, Grundbegriffe.
57) Vgl. Wengler, FS Wolff, S. 337.

oder "Sachnormen". Ebenso umstritten ist, nach welchen Richtlinien die Interpretation des Systembegriffs und damit auch die Qualifikation erfolgen muß, ob nach der lex fori, lex causae, autonom international-privatrechtlich oder rechtsvergleichend. Problematisch ist auch die Definition des Anknüpfungsgegenstandes, nämlich ob nur einzelne Sachnormen oder Gruppen von Sachnormen angeknüpft werden oder ob insgesamt eine Rechtsordnung in Bezug genommen wird. Die gesamte Qualifikationsproblematik ist eng mit dem Problem der Rolle des materiellen Rechts beim Finden und Anwenden von Kollisionsnormen verknüpft [58]. Zur Anwendung mehrerer Kollisionsnormen kann es auf dieser Stufe kommen, wenn in der Kollisionsnorm selbst bestimmte Voraussetzungen einer anderen Kollisionsnorm zugewiesen werden (sogenannte Erstfrage) [59].

Auf der zweiten Stufe folgt sodann die Anwendung der angeknüpften materiellen Rechtsnormen. Hierbei wird, abgesehen von seltenen Normen für Auslandssachverhalte, der Auslandsbezug nicht weiter berücksichtigt. Dabei kann durch die sogenannte Vorfrage ein weiteres Mal die Prüfung in- oder ausländischer Kollisionsnormen notwendig werden. Auch dies ist Quelle erheblicher Meinungsverschiedenheiten [60]. Die Anwendung des sachlichen Rechts ohne weitere Berücksichtigung des Auslandsbezugs wird zumeist mit der Notwendigkeit des internationalen und des internen Entscheidungsklanges und einer "realen" Entscheidung begründet [61]. "Real" heißt hierbei, daß der Richter möglichst keine Entscheidungen treffen soll, die keine der beteiligten

---

58) Zu diesen Streitfragen s. im einzelnen u. § 3.
59) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 133 ff., m.w.N.; ders., FS Kegel, S. 23 ff, 26.
60) Z.B. die Grundsatzfrage der selbständigen oder unselbständigen Anknüpfung, vgl. Kegel, IPR, S. 159 f.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 345 ff.; Wengler, RabelsZ 8 (1934, S. 148 ff.
61) Vgl. Kegel, IPR, S. 62, 229; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 333.

Rechtsordnungen nach ihren für interne Sachverhalte geltenden Regeln - wiederum abgesehen von speziellen Normen für Auslandssachverhalte - treffen würde.

Auf der dritten Stufe schließt sich eine Überprüfung der so gewonnenen Anwendungsergebnisse durch "Anpassung" bzw. "Angleichung" und durch die Vorbehaltsklausel des ordre public an. Eine Angleichung ist vor allem dort notwendig, wo mehrere disharmonierende Regelungen aus verschiedenen Rechtsordnungen für eine einheitliche Ordnungsaufgabe oder für mehrere, aber aufeinander bezogene Ordnungsaufgaben zusammentreffen. Beispiele finden sich in fast allen Rechtsbereichen, z.B. im Sachenrecht bei der Übernahme fremder Sachenrechtsinstitute, im grenzüberschreitenden Güteraustausch oder im Familienrecht [62].

Dem ordre public, nach fast allgemeiner Ansicht eine nur selten eingreifende Ausnahmeregelung, obliegt schließlich die Überprüfung des anzuwendenden ausländischen Rechts auf seine Verträglichkeit mit der eigenen Rechtsordnung [63].

Das Postulat von der Unabhängigkeit der Kollisionsnorm vom Inhalt der einschlägigen inländischen und ausländischen Sachnormen entspricht dem Internationalismus wie auch der Struktur des kollisionsrechtlichen Entscheidungsprozesses. Die prinzipielle Ausschaltung der materiell-rechtlichen Gesichtspunkte aus der eigentlichen kollisionsrechtlichen Entscheidung ist einerseits

---

62) Vgl. Kegel, IPR, S. 147 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 333; vgl. zur Problematik der Anpassung zuletzt Kropholler, FS Ferid, S. 279 ff, der die Nähe des Instituts der Anpassung zu dem des ordre public deutlich macht, jedoch das vorrangige Problem der Qualifikation, zu deren Korrektur die Anpassung häufig herangezogen wird (Normenmangel - Normenhäufung), nicht berücksichtigt. Zu den Problemen z.B. bei Statutenwechsel im Sachenrecht vgl. Drobnig, FS Kegel, S. 141 ff., insbesondere 142 ff.

63) Zur Funktion des ordre public und den hierzu auftretenden Differenzen s.u. § 5 sowie im nächsten Absatz.

historisch bedingt. Gerade die Tatsache, daß die Statutisten versagt haben, von den Sachnormen her ein stringentes kollisionsrechtliches System zu entwickeln, führt nach der grundlegenden Kritik von Waechter zu dem Neuansatz bei Savigny, der auch heute noch als der entscheidende Fortschritt des IPR angesehen wird [64].

Die inhaltliche Rechtfertigung findet sich in dem Privatrechtsverständnis, das dem Postulat der spezifisch internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit zugrunde liegt [65]. Zudem widerspricht eine "materialisierte" Betrachtungsweise dem Ideal der internationalen Entscheidungsharmonie, da eine Harmonisierung der Regelungsziele und Maximen des materiellen Rechts auf internationaler Ebene auf absehbare Zeit utopisch erscheint.
Den Sachnormen, jedenfalls denen des Privatrechts, wird außerdem ein kollisionsrechtlicher Informationsgehalt weitgehend abgesprochen. Der Gesetzgeber berücksichtige in aller Regel die kollisionsrechtlichen Fragestellungen nicht, lege also weder einen minimalen noch maximalen Anwendungsbereich fest [66]. Es sei aber oft unmöglich, die rechtspolitischen Ziele abzuwägen und hieraus kollisionsrechtliche Regeln abzuleiten, oder dies führe notwendig dazu, die lex fori einseitig zu bevorzugen [67]. Daher wird die Wahrung und die Durchsetzung bestimmter rechtspolitischer Ziele und inländischer Rechtsgrundsätze dem ordre public und - in einer neueren Entwicklung - den sogenannten Sonderanknüpfungen überlassen [68]. Da die Lehre diese beiden Korrekturmöglichkeiten als Ausnahmeerscheinungen charakterisiert,

---

64) Vgl. z.B. Yntema, FS Rabel I, S. 513 ff., 527 ff.; vgl. auch de Nova, Rec. des Cours 118 (1966 II), S. 443 ff.
65) S.o. S. 13 f.
66) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 31; Staudinger-Stoll, nach Art. 12 I, Rdnr. 108 f.
67) So z.B. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 32.
68) Zu den Sonderanknüpfungen vgl. u. Kap. 4.

berücksichtigt sie diese Institute bei der Theorie der eigentlichen kollisionsrechtlichen Entscheidung auf der ersten Stufe des Entscheidungsprozesses nicht.
Die Abstraktion vom Inhalt der Sachnormen ist schließlich in der Theorie schon durch die Struktur des Entscheidungsprozesses erzwungen. Der feste Stufenbau von Rechtswahl, Rechtsanwendung und Überprüfung des Ergebnisses erlaubt - jedenfalls in der Theorie - nicht, daß Rechtsinhalte bei der Rechtswahl berücksichtigt werden. Ein rechtstheoretischer Begründungsversuch hierzu stammt von Vogel: Nach dem Gesetz der semantischen Stufen können zwar "Objektrechtsnormen" (Sachnormen) ihren Anwendungsbereich begrenzen, nicht aber begründen, dieses sei nur durch "Metarechtsnormen" möglich, die logisch einen eigenständigen Bereich darstellten [69]. Schließlich ist noch der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie anzuführen: Dem Richter sei aus Zeit- und Kostengründen die Ermittlung ausländischen Rechts vor Feststellung seiner Anwendbarkeit nicht zuzumuten [70]. Der Zusammenhang zwischen Kollisionsnormen und Sachnormen wird daher, soweit er nicht ohnehin als noch unerforschter Bereich deklariert wird [71], auf die Verbundenheit des Richters mit der eigenen Rechtsordnung und ihren Grundwerten beschränkt [72].

Die Theorie des konventionellen IPR beruht auf einem "jurisdiction-selecting-approach" [73], in dem der jeweilige Anknüpfungsgegenstand ohne Berücksichtigung eigener oder fremder Sachnormen einer Rechtsordnung zur Beurteilung zugewiesen wird. Die Entscheidung erfolgt von einem Standpunkt aus, der

---

69) Vgl. Vogel, a.a.O., S. 253 ff.; Schlußfolgerungen hieraus a.a.O., S. 275 f.
70) Vgl. Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), S. 408.
71) Vgl. Beitzke, FS Smend, S. 1 ff., 20 f.
72) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 44 f.
73) Die Unterscheidung zwischen "jurisdiction-selecting" und "result-selecting" bzw. "rule-selecting" stammt von Cavers, Harv. L.R. 47 (1933/34), S. 173, 187 ff.

vermeintlich außerhalb der eigenen Rechtsordnung liegt, der jedenfalls von den anderen Bereichen des inländischen Rechts weitgehend isoliert werden kann. Dies erlaubt den Versuch, die Aufgabenstellung des IPR mit sehr wenigen (je nach Standpunkt lassen sich 25 - 30 feststellen) Kollisionsnormen zu bewältigen. Die internationale Entscheidungsharmonie läßt diese geringe Zahl, die einen entsprechend breiten Anwendungsbereich der einzelnen Kollisionsnormen bedingt, auch als wünschenswert erscheinen.

2. Kapitel

Neue Wege im Kollisionsrecht

Das konventionelle IPR hat in den letzten Jahren zunehmend Kritik erfahren. Diese Kritik greift grundlegende Prinzipien an und schlägt zum Teil völlig neue Ansätze der Behandlung von Sachverhalten mit Auslandsbezug vor [1]. Die zentrale Frage dieser Methodendiskussion ist das Verhältnis von Kollisionsrecht und materiellem Recht. Hierbei rückt die im konventionellen IPR den Ausnahmesituationen des ordre public und der Sonderanknüpfung zugewiesene Frage der Durchsetzung materiell-rechtlicher Ziele in den Mittelpunkt des Kollisionsrechts, im extremen Fall wird sie sogar zum einzig bestimmenden Prinzip. Überspitzt formuliert heißt dies, daß das Kollisionsrecht in der Problematik des ordre public ganz oder teilweise aufgeht.

§ 3

Die Methodenfrage des IPR aus amerikanischer Sicht

Besonders intensiv hat das amerikanische IPR Aufgabenstellung und Methode des Kollisionsrechts debattiert. Dies hat zu einer unübersehbaren Vielfalt einzelner Theorien des Kollisionsrechts geführt, die durch die konkurrierenden einzelstaatlichen und bundesstaatlichen Kompetenzen und gerichtlichen Zuständigkeiten

---

1) Z.T. sind die theoretischen Postulate des konventionellen IPR, wie sie im vorangegangenen Kapitel skizziert wurden, erst in der Auseinandersetzung mit dieser Kritik formuliert worden, vgl. Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 95 ff.; Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), S. 401 ff.

zusätzlich verwirrt wird [2]. Eine vollständige Bestandsaufnahme dieser verschiedenen Meinungen ist kaum möglich, für den Zweck einer Analyse des ordre public ist sie aber auch nicht erforderlich. Die grundsätzlichen Unterschiede zum konventionellen IPR im Hinblick auf die Rolle des materiellen Rechts und der Public Policy im Kollisionsrecht lassen sich in ausreichender Variationsbreite an den Ansätzen von Brainerd Currie, Arthur van Mehren, Donald Trautman und David Cavers aufzeigen.

Die grundlegende Prämisse der Reform ist, daß ein Staat nicht an einer weltweiten Anwendung seines Rechts interessiert ist und auch nicht sein kann, sondern nur an der Gestaltung der Verhältnisse seiner Gesellschaft. Hierfür aber obliegt ihm allein die Verantwortung, der sich auch der Richter nicht entziehen kann. Die amerikanischen Kritiker verwerfen die "internationalistische" Haltung des konventionellen IPR, weil es weder Aufgabe des Richters sein dürfe noch sein könne, "neutraler Mittler" zwischen verschiedenen Rechtsordnungen zu sein [3]. Ebenso wenig akzeptieren sie Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als Begründung für ein System fester Kollisionsnormen mit weitem Anwendungsgebiet [4]. Kollisionsrechtliche Institute wie die Qualifikation, Vorfrage, Rück- und Weiterverweisung erscheinen ihnen als kollisionsrechtliche "Tricks", mit denen das IPR im Einzelfall ein akzeptables Ergebnis erreicht, ohne daß es jedoch

---

2) Angesichts der Transformationsphase, in der sich das amerikanische IPR z.Zt. befindet, mußte auch der Versuch des American Institute of Law, das Kollisionsrecht im Restatement Second zusammenzufassen scheitern, vgl. Ehrenzweig, FS Rheinstein I, S. 343 ff.; Vischer, RabelsZ 38 (1974), S. 128 ff.

3) Dies wird besonders deutlich in Ehrenzweigs Kritik am "superlaw-thinking", vgl. nur Rec. des Cours 124 (1968 II), S. 167 ff., 220 ff. Zur richterlichen Funktion vgl. auch Currie, Sel. Essays, S. 144, 184, 604, 705.

4) So schlägt Currie, a.a.O., S. 608 f., 699 ironisch vor, man möge doch die alphabetische Reihenfolge der beteiligten Rechtsordnungen entscheiden lassen oder einfach immer das Recht von Alaska.

die eigentlich maßgeblichen Wertungen angibt [5].

Der eigentliche Kern der Kritik betrifft aber die Rolle des materiellen Rechts im Kollisionsrecht. Als entscheidender Makel wird angesehen, daß das herkömmliche IPR die jeweiligen Sachnormen, die von ihnen verfolgten Normzwecke, die Frage, ob und inwieweit zwischen beteiligten Rechtsordnungen ein Regelungskonflikt besteht, außer in den engen Grenzen des ordre public nicht berücksichtigt. Dies erklärt die Frage "why not place public policy from the reserve (ordre public) to the front line where it belongs?" [6]. Currie geht davon aus, daß dem materiellen Privatrecht jedes Staates sozial- oder wirtschaftspolitische Zielsetzungen im weitesten Sinne zugrunde liegen. In Fällen mit Auslandsberührung stellt sich für ihn die Frage, ob

a) die potentiell beteiligten Rechtsordnungen unterschiedliche materielle Regelungen betreffen; ist dies nicht der Fall, ist es ohnehin gleichgültig, welches Recht angewandt wird und ob

b) vom Standpunkt der potentiellen beteiligten Staaten ein Interesse daran besteht, ihre jeweilige rechtspolitische Zielsetzung (policy) unter den konkreten Umständen des Einzelfalles durchzusetzen (state or governmental interests).

Im Gegensatz zum konventionellen IPR bezieht also Currie die materiell-rechtlichen Normzwecke der beteiligten Rechtsordnungen

---

5) Vgl. Cavers, Harvard L.R. 47 (1933/34), S. 173 ff., 182 ff.; vgl. auch Curries sarkastische Beschreibung des kollisionsrechtlichen Entscheidungsganges in Sel. Essays, S. 137: "He is supposed to feed the data into the machine, using certain standard procedures, and to write down as his decision the result that comes out of the machine. He is not supposed to question the wisdom, or soundness or justice of the result, nor to think, or even talk, in terms of Competing policies."

6) Currie, a.a.O., S. 88.

und ihre jeweiligen Anwendungsgebiete im konkreten Fall in den Prozeß der Entscheidung über das anwendbare Recht mit ein. Aus dem "Jurisdiction-Selecting-Approach" wird ein "Rule-Selecting-Approach" [7].

Currie faßt den Begriff der Policy sehr weit. Er betrifft die Frage nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung, nach den von ihnen jeweils geschützen Interessen und dem Sinn der durch sie geforderten Verhaltensweisen [8]. Nicht nur die vom Gesetzgeber als einer politischen Instanz getroffene Entscheidung, sondern auch die durch richterliche Rechtsfortbildung gewonnenen Normen oder das Richterrecht des Common Law enthalten von der Rechtsordnung anerkannte Policies, denn auch sie regeln wirtschaftliche und gesellschaftliche Verhaltensweisen, auch ihnen liegen wirtschaftlichs- und sozialpolitische Zielsetzungen zugrunde [9]. Allerdings betonte Currie häufig die prinzipielle Zuständigkeit der politischen Organe, also primär der Legislative, für die Definition der jeweiligen Policy [10]. Jedoch spricht Currie hiermit wohl vor allem die gesetzgeberische Prärogative an, der er auch im Kollisionsrecht einseitig den Vorrang vor der richterlichen Bewertung einräumt [11]. Er widerspricht entschieden einer Umdeutung oder Neubewertung von Rechtszwecken und Wertungen des materiellen Rechts für den Bereich des Kollisionsrechts [12].

---

7) Diese Gegenüberstellung stammt von Cavers, Harvard L.R. 47 (1933/34), S. 173, 178.
8) Vgl. Currie, a.a.O., S. 377; vgl. auch Joerges, Funktionswandel, S. 43 ff. Keinesfalls darf policy als "Politik" oder "Rechtspolitik" i.e.S. mißverstanden werden, wie dies bei Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 182, oder auch bei Zweigert, RabelsZ 37 (1973), S. 435 anklingt.
9) Vgl. Currie, a.a.O., S. 65 und 643.
10) Vgl. Currie, a.a.O., S. 347, 643.
11) A.A. scheint Joerges, a.a.O., S. 45 zu sein. Jedoch betont Currie vor allem, daß das Abwägen konkurrierender Policies eine höchst politische Aufgabe sei, die nicht dem Richter obliegen könne, vgl. a.a.O., S. 607.
12) Vgl. Currie, a.a.O., S. 144.

Die im konkreten Fall relevanten Policies der potentiell interessierten Rechtsordnungen will Currie durch Auslegung der jeweils einschlägigen relevanten materiell-rechtlichen Normen ermitteln. Hierbei greift er auch auf die Entstehungsgeschichte der Normen, insbesondere auf die gesetzgeberischen Zielvorstellungen zurück, jedoch dürfte eine objektive Interpretation im Vordergrund stehen [13]. Er sieht durchaus die möglichen Schwierigkeiten bei einer solchen Analyse, er hält sie jedoch offensichtlich für kein entscheidendes Gegenargument [14].

Liegen den potentiell anwendbaren Rechtsnormen unterschiedliche Policies zugrunde, so ist bei Currie die nächste Frage, ob aus der Sicht der beteiligten Staaten ein Interesse an der Durchsetzung der eigenen Policy und damit an der Anwendung des eigenen Rechts besteht. In Curries Terminologie ist dies die Frage nach den state oder governmental interests [15]. Ein solches Interesse kann sich z.B. daraus ergeben, daß andernfalls vom materiellen Recht dieses Staates geschützte Interessen beeinträchtigt werden. Die kollisionsrechtliche Fragestellung lautet also: Reicht der konkrete Fall soweit in die eigene Sozialordnung hinein, daß die Anwendung eines fremden Rechts, das inhaltlich wesentlich abweicht, einen in diesem System verfolgten wirtschafts- oder sozialpolitischen Zweck vereiteln würde? [16]. Hier wird deutlich, daß Currie aufgrund seines sozialpolitischen Verständnisses der Aufgabe des materiellen Rechts kein universales, sondern nur ein für die konkrete Sozialordnung

---

13) Vgl. a.a.O., S. 377.
14) Vgl. a.a.O., S. 64, 81; so wird die Analyse einer hypothekenrechtlichen Bestimmung von North-Carolina über 54 Seiten ausgebreitet, a.a.O., S. 376 ff.; weitere Beispiele für die Schwierigkeiten in der Analyse bei Jayme, FS Kegel, S. 359 ff.
15) Die Terminologie Curries ist hier nicht einheitlich, er benutzt auch "local interests", a.a.O., S. 621, oder "Community self-interest", a.a.O., S. 525.
16) Vgl. a.a.O., S. 228: "The matter must be within the scope of the state's legitimate governmental concerns."

geltendes Kollisionsrecht anstrebt [17].

Dementsprechend setzt die Annahme von governmental interests Bezugspunkte zu dieser Gesellschaftsordnung voraus, die im Lichte der jeweiligen konkreten Policy die Rechtsanwendung legitimieren [18]. Diese Anknüpfungspunkte können sich aus der personellen Zugehörigkeit eines der Beteiligten zu dieser Gesellschaftsordnung, aber auch aus anderen, z.B. fiskalischen Faktoren ergeben, wobei Currie erstere besonders betont [19].

Die governmental interests lassen sich also als die nach außen gekehrten Policies verstehen. Ihre jeweilige Definition obliegt der richterlichen Interpretation [20].

Joerges übersetzt den Begriff der governmental interests mit "Gemeininteressen" und sieht in der Identifizierung des Gemeinwesens mit der jeweiligen Policy seines Rechts eine Identifizierung mit bestimmten Interessen. Grundlage für diesen Schluß ist für ihn die bei Currie dominante Rolle des Rechts als "instrument of social control" [21]. Daher interpretiert Joerges die restriktive Feststellung von governmental interests als Ausfluß eines Comitas-Denkens im Sinne der Rücksichtnahme auf einen fremden Souverän [22]. Jedoch sieht Currie die Funktion

---

17) Vgl. a.a.O., S. 82.
18) Vgl. a.a.O., S. 621.
19) Vgl. a.a.O., S. 85 ("New York's policy is for the protection of New York People"), oder S. 705 ("The dominant concern of a state is with its people"). Kritisch z.B. Cavers, Process, S. 161 FN 29.
20) Vgl. a.a.O., S. 183 f., 597, 604.
21) Vgl. Joerges, Funktionswandel, S. 45 f.
22) Vgl. Currie, a.a.O., S. 64: "Law is an instrument of social control. Recognition of this fact and emphasis on the economic and social policies expressed in laws would lead to a fresh and constructive approach to conflict - of - laws problems. But law is not an instrument of social control alone. It retains something of the qualitiy and function that men were commonly attributed to it before we became so acutely conscious of its sociological role. It is an accumulated body of experience and principle that has served well, on the whole, as a guide to the adjudication of disputes between parties in the court."

des Rechts nicht so einseitig [23]. Er nennt neben dem von Joerges herausgestellten Gesichtspunkt verschiedene andere Faktoren für die von ihm empfohlene "Zurückhaltung und Mäßigung" bei der Definition der "domestical interest", mit der er "egozentrische und provinzielle" Ergebnisse vermeiden möchte [24]. So führt er z.B. den Schutz des Vertrauens der Parteien auf die Beständigkeit eines von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oder die Erleichterung des internationalen Geschäftsverkehrs an [25]. Currie betont jedoch, daß seines Erachtens diese Zurückhaltung nur als Interpretation auf der Grundlage der lex fori erfolgen kann [26].

Ergibt die Analyse, daß nur eine Rechtsordnung ein "governmental interest" an der Anwendung hat, so wird dieses Recht angewandt. In diesem Fall liegt ein sogenannter "false conflict" vor [27]. Kollidieren jedoch die "governmental interests" der beteiligten Rechtsordnungen und hat auch das Recht des Forum ein Interesse an seiner Anwendung, so muß nach Currie die lex fori angewandt werden, da der Richter primär der eigenen Rechts- und Gesellschaftsordnung verbunden sei und dem Recht seines Forum Folge zu leisten habe. Für Currie ist die Abwägung der Rechtsanwendungsinteressen verschiedener Staaten "political function of high order", deren Wahrnehmung die Kompetenz des

---

23) Vgl. Joerges, a.a.O., S. 60 f.; Joerges sieht hierin grundsätzliche Unterschiede zu v. Mehren/Trautman und besonders Cavers, vgl. a.a.O., S. 62 f.; m.E. zw.

24) Vgl. Currie, a.a.O., S. 688 FN 236; zweifellos ist die Rücksichtnahme auf legitime Anwendungsinteressen anderer Rechtsordnungen z.T. auch Ausfluß der Comitas.

25) Vgl. a.a.O., S. 688 f., 365 f.; vgl. auch die zustimmende Stellungnahme zu Bernkrant v. Fowler, a.a.O., S. 688.

26) Vgl. a.a.O., S. 604; besonders deutlich wird die methodologische Haltung in L. & Cont. Prob. 28 (1963), S. 754 ff., 759 ff.

27) Vgl. zur Terminologie Currie, L. & Cont. Prob. 28 (1963), S. 763 f.

Richters überschreitet [28].

Wie viele andere Reformbemühungen im amerikanischen IPR ist auch der "functional-approach" von v. Mehren und Trautman eine zum Teil korrigierende Weiterentwicklung des Ansatzes von Currie [29]. Bei dem von ihnen vorgeschlagenen Verfahren stellt der Richter bei Sachverhalten mit Auslandsbezug zuerst eine oder mehrere "concerned jurisdiction" fest [30]. Die hierzu notwendige Analyse deckt sich weitgehend mit der Feststellung der "governmental interests" bei Currie [31]. Jedoch berücksichtigen v. Mehren/Trautman mit den "multi-jurisdictional policies" spezifisch kollisionsrechtliche Gesichtspunkte. Hierzu zählt z.B. der Gesichtspunkt der Erleichterung des zwischenstaatlichen Geschäftsverkehrs, der Schutz des Vertrauens in die Beständigkeit abgeschlossener Verträge auch über die Staatsgrenzen hinweg, das Individualinteresse an fairen, einfachen und vorhersehbaren Kollisionsregeln und - wenn auch mit Einschränkungen - das Streben nach internationalem Entscheidungseinklang [32].

Im Gegensatz zu Currie bejahen v. Mehren/Trautman auch die Möglichkeit einer Abwägung und Auswahl bei konkurrierenden Rechtsanwendungsinteressen [33]. Sie schlagen hierzu verschiedene Lösungswege vor. Für die Anwendbarkeit der Regeln einer

---

28) Vgl. Currie, Sel. Essays, S. 144, 184, 272, 604, 705; ders., L. & Cont. Prob. 28 (1963), S. 761. Zum hier nicht näher erörterten Problem des "disinterested third state" vgl. ebenda, S. 764 ff. und Sel. Essays, S. 606 ff.
29) V. Mehren/Trautman, The Laws of Multistate Problems.
30) Vgl. a.a.O., S. 76, 215 ff.
31) Vgl. a.a.O., S. 76, 105 ff.
32) Vgl. S. 216 f., 284, 299 ff.; daher steht auch der Versuch von Schmeding, RabelsZ 1977, S. 299 ff., der Parteiautonomie auch im Rahmen einer funktionellen Methode nach v. Mehren/Trautman einen - wenn auch beschränkten - Platz zuzuweisen, diesem "approach" nicht entgegen. Die entscheidenden Fragen (Strukturen des kollisionsrechtlichen Systems in den nicht der Parteiautonomie zugänglichen Bereichen) werden damit jedoch nicht gelöst.
33) Vgl. a.a.O., S. 77.

Rechtsordnung trotz konkurrierender Interessen kann ihre unverhältnismäßig größere Nähe zum Sachverhalt oder die Tatsache, daß sie in mehrfacher Hinsicht betroffen ist, sprechen [34].

Vor allem aber halten v. Mehren/Trautman auch eine "policy weighing", also eine Analyse der relativen Stärke der in Betracht kommenden rechtspolitischen Zielsetzungen für möglich [35]. Hierbei berücksichtigen sie, inwieweit die einzelne Rechtsordnung selbst in ihrem internen Recht die jeweilige Regel bewertet, ob es sich um eine spezielle Gesetzesvorschrift oder eine Common Law-Regel handelt, inwieweit die jeweilige Norm geeignet ist, die zugrunde liegende Zielsetzung zu verwirklichen, und schließlich kann eine rechtsvergleichende Analyse innerhalb eng verwandter Rechtsordnungen Aufschluß über "Stärke" oder "Schwäche" der jeweiligen Zielsetzungen geben [36]. Führt diese materielle Abwägung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, können wiederum "multi-jurisdictional policies" in Betracht gezogen werden, so z.B. durch die Wahl eines konsensfähigen "Brennpunktes" oder durch die Berücksichtigung der Durchsetzbarkeit einer Entscheidung [37].

Mit dieser qualitativen Erweiterung verändern v. Mehren/Trautman gegenüber Currie auch den methodischen Standpunkt. Während Currie auch die Bewältigung der Sachverhalte mit Auslandsbezug nur als Interpretationsproblem des positiven Rechts sieht, in dessen Rahmen einigen der hier angesprochenen "grenzüberschreitenden" Gesichtspunkten eine eingeschränkte

---

34) Vgl. a.a.O., S. 341 f.
35) a.a.O., S. 376.
36) Vgl. a.a.O., S. 377 f., 394.
37) Vgl. a.a.O., S. 395, 406, 407 f., zur Lösung bei dem Problem des "disinterested third state".

Bedeutung zukommt, stellt sich bei v. Mehren/Trautman die kollisionsrechtliche Entscheidung offen als topischer Prozeß dar. Hierbei teilen sie die Bedenken von Currie, daß die Gerichte legislative Kompetenzen usurpieren, nicht. Sie berufen sich auf die Tradition des Common Law, also auf die Tatsache, daß die Judikative auch das materielle Privatrecht zum größten Teil ohne Intervention der Legislative entwickelt und ausdifferenziert hat [38]. V. Mehren und Trautman schlagen indes keine Kollisionsnormen vor, ihr Ansatz soll nur der methodische Weg zur Bewältigung der Sachverhalte mit Auslandsbezug und eine Zusammenstellung der hierbei zu berücksichtigenden vielfältigen Gesichtspunkte sein.

Demgegenüber versucht David F. Cavers mit den "principles of preference" die Formulierung von neuen Kollisionsnormen in einem weiteren Sinne [39]. Er sieht jedoch diese "principles of preference" nicht als feste, mechanische Kollisionsnormen an, sie sollen vielmehr nur der Common Law-Tradition entsprechend interpretationsleitende und -kontrollierende Regeln sein, die sich immer wieder im konkreten Fall bewähren müssen, Einschränkungen und Erweiterungen zugänglich sind [40]. Auch diese "principles of preference" wählen jedoch konkrete Rechtsnormen, nicht Rechtsordnungen. Auch sie erfordern eine Analyse der Zwecksetzung der materiellen Normen, zumal Cavers die Untersuchung auf einen "false conflict" voraussetzt [41]. Zudem nehmen sie selbst auch inhaltliche Kriterien auf, z.B. die Schutzrichtung bestimmter Verhaltensgebote oder -verbote und

---

38) Vgl. S. 78 f. zu Curries Beschränkung der richterlichen Kompetenz: "This argument seems to run counter to the genius of the common law."
39) Vgl. Cavers, Process, insbesondere S. 108 ff., 133 ff.; ders., Rec. des Cours 131 (1970 III), S. 75 ff.
40) Vgl. Cavers, Process, S. 136 ff.; ders., Rec. des Cours 131 (1970 III), S. 152.
41) Vgl. Process, S. 137.

die Haftungshöhe [42]. Auch Cavers betont die methodischen Unterschiede zu Currie und hält ihm entgegen, daß die Zulassung einer Abwägung widerstreitender Anwendungsinteressen bei der Interpretation des materiellen Rechts, aber ihre Ablehnung nach der Interpretation inkonsequent sei [43]. Cavers räumt im Unterschied zu Currie dem Bereich des "private ordering", in dem also staatliche Interessen nicht vorhanden sind, größere Bedeutung ein [44]. Daher vermeidet er den seines Erachtens mißverständlichen Begriff der "governmental interests". Er betont aber nicht nur "the intertwining of public and private objectives", sondern auch das Interesse eines Staates an der Anwendung seines Privatrechts, wenn er hierdurch seine Zielsetzung verwirklichen kann [45].

Da Cavers jedoch letztlich mit den "principles of preference" allseitige, d.h. auch international konsensfähige Kollisionsnormen anstrebt, ist sein Ansatz der Versuch eines Kompromisses zwischen "reiner" Governmental-Interests-Analyse und dem konventionellen IPR [46]. Gemeinsam ist all diesen Ansätzen jedoch, daß sie die strikte Trennung zwischen materiellem Recht und Kollisionsrecht aufheben. Auch eine Rückorientierung des Kollisionsrechts, die angesichts der vielfältigen Schwierigkeiten

---

42) Vgl. Process, S. 138 ff.
43) Vgl. Rec. des Cours 131, S. 148. Dieser methodischen Frage mißt m.E. Joerges zu wenig Gewicht bei.
44) Vgl. Cavers, Process, S. 100; ders., Rec. des Cours 131, S. 148. Besonders betont von Joerges, Funktionswandel, S. 53 f.
45) Vgl. Rec. des Cours 131, S. 148.
46) Vgl. Process, S. 130 ff.; Rec. des Cours 131, S. 153. Zu weitgehend m.E. Joerges, Funktionswandel, S. 67. Gegen Joerges ist z.B. darauf hinzuweisen, daß Cavers den Gebrauch der Begriffe "seat of a relationship" und "center of a transaction" nur als Notbehelfe ansieht, vgl. Process, S. 166, 183. Ebenso wenig bevorzugt Cavers im Vertragsrecht das "liberalere" Recht, vgl. die Ausnahme im einschlägigen principle Nr. 7, Process, S. 194, für "any protective law".

und der sich häufig widersprechenden Entscheidungen gefordert wird, wird diese entscheidende Veränderung nicht rückgängig machen können [47].

§ 4

Das Verhältnis des Kollisionsrechts zum materiellen Recht und die Aufgabe des Kollisionsrechts

Diese neuen Wege des amerikanischen IPR widersprechen offensichtlich allen Maximen des konventionellen IPR [48]. Sie betreffen nicht nur die Zweckmäßigkeit und Berechtigung einzelner Anknüpfungspunkte oder einzelner Qualifikationen, wie dies für die Reformvorschläge innerhalb des konventionellen IPR kennzeichnend ist [49]. Vielmehr führen sie völlig neue Fragestellungen in das IPR ein. Seine internationale Funktion wird fraglich, die weitgehende Unabhängigkeit des Kollisionsrechts vom materiellen Recht aufgehoben, die Struktur des kollisionsrechtlichen Entscheidungsganges fast umgekehrt. Dementsprechend stoßen diese Ansätze und die Versuche z.B. der sogenannten politischen Schule des IPR, sie auch für das deutsche Kollisions-

---

47) Zu der gegenwärtigen Situation des amerikanischen Kollisionsrechts und der Notwendigkeit einer Konsolidierung vgl. Bodenheimer, FS F.A. Mann, S. 123 ff. und Jayme, FS Kegel, S. 359 ff.

48) Dies erklärt die heftige Gegenwehr.

49) So z.B. die Vorschläge des deutschen Rats für IPR. Auch Wiethölter, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts, S. 142 ff, zieht aus seiner grundsätzlichen Kritik keine unmittelbaren Konsequenzen.

recht zur Diskussion zu stellen [50], auf heftige Ablehnung.

Die Kritik an der Anknüpfungstheorie des "klassischen" IPR ist jedoch weitgehend berechtigt [51]. Ihr liegt ein spezifisches Privatrechtsverständnis, das heute nicht mehr aufrechterhalten werden kann und eine besondere, unzutreffende Einschätzung des eigenen Beitrags im Rahmen des Rechtssystems zugrunde. Auch neuere Legitimationsversuche, die duale Erklärung des IPR als Normengrenzrecht einerseits und Privatrecht für Sachverhalte mit Auslandsbezug andererseits von Braga [52] und die Erklärung des IPR als Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes von Lorenz [53], können einer kritischen Analyse nicht standhalten.

Die Theorie des konventionellen IPR spiegelt das "klassische" Privatrechtsverständnis wider. Erst die Trennung von Staat und Gesellschaft und damit die Dichotomie von privatem und öffentlichem Recht ermöglicht dem traditionellen IPR die Vernachlässigung materieller Regelungsziele im Rahmen der Bestimmung der maßgeblichen Anknüpfung. Der Staat tritt hiernach im Zivilrecht lediglich als "neutrale Schiedsinstanz" zur ausschließlichen Gewährung der jeweiligen individuellen Freiheitsräume auf. Er ist jedoch nicht selbst mit eigenen Interessen, also mit am Gemeinwohl ausgerichteten Zielsetzungen beteiligt.

---

50) Hierzu gehört neben Wiethölter, vgl. a.a.O., ders., Zur Frage des internationalen ordre public, noch Joerges, vgl. Funktionswandel, insbes. S. 154 ff., ders., RabelsZ 36 (1972), S. 421 ff. und Rehbinder, vgl. JZ 1973, S. 151 ff. sowie Kronstein, vgl. The Crisis of "Conflict of Laws", ders., Das Recht der internationalen Kartelle, S. 265 ff, 508 ff. Zur Reaktion des konventionellen IPR vgl. insbesondere Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), S. 401 ff. ("Politisierung" und "Materialisierung") und Kegel bei Juenger, Zum Wandel des IPR, S. 39 ff. ("Seltsame Blüten des amerikanischen Kollisionsrechts").

51) Zur Auseinandersetzung mit der Lehre von Savigny vgl. schon Kap. 1.

52) Vgl. Braga, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 89 ff.

53) Lorenz, Zur Struktur des IPR, S. 60 ff.

Dies ermöglicht, die nationale Privatrechtsordnung als eine mögliche "gerechte" Lösung zu bewerten, aber auch andere Rechtsordnungen mit abweichenden Lösungen als "gerecht" zu akzeptieren. Die materiellen Normen werden so international fungibel, d.h. sie sind in den Grenzen des ordre public austauschbar, ohne daß es auf ihren Inhalt ankäme. Für die kollisionsrechtliche Entscheidung können somit ausschließlich andere, "internationale" Gesichtspunkte maßgeblich sein. Dementsprechend hält das konventionelle IPR eine genaue Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht grundsätzlich für möglich, auch wenn es die Schwierigkeiten einer solchen Abgrenzung im Einzelfall sieht [54].

Der grundlegende Wandel des Privatrechts im Rahmen der Entwicklung der modernen Industriegesellschaft und des sozialen Rechtsstaats läßt aber ein IPR auf dieser Grundlage nicht zu [55]. Die weitreichende Diskussion um diesen Funktionswandel des Privatrechts kann hier nicht erneut dargestellt werden [56].

---

54) Besonders deutlich wird diese Grundlage bei Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 182 f.; vgl. auch ders., IPR, S. 54 f., 237; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 43 ff. Auch die jüngste Erweiterung der international-privatrechtlichen Interessentheorien durch A. Lüderitz, FS Kegel, S. 31 ff., verändert diese Grundlage letztlich nicht, da auch die von ihm so genannten materiellen Anpassungsinteressen oder auch materiell-rechtlichen Erfolgsinteressen nur ein "privater", auf die kollisionsrechtliche Entscheidung (und nur auf diese) ausgerichteter Gesichtspunkt sein soll.

55) Dies ist das wesentliche gemeinsame Anliegen der Kritiker, vgl. Wiethölter, Vorschläge, S. 142; Joerges, RabelsZ 35 (1972), S. 435 f.; Rehbinder, JZ 1973, S. 153 ff. Joerges stützt sich zusätzlich darauf, daß die s.E. bei Savigny vorausgesetzte Homogenität der international-rechtlichen Beziehungen aufgrund der Disparität der infrage kommenden Rechts- und Sozialordnungen nicht mehr gegeben sei, a.a.O., S. 437, 470, vgl. oben Kap. 1.

56) Vgl. hierzu Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 514 ff., 619 ff; ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts; Coing, FS Dölle I, S. 25, 32 ff.

Als ihr Ergebnis läßt sich jedoch festhalten, daß die Funktion des Privatrechts nicht nur in der Verwirklichung und Gewährleistung der jeweils unmittelbar beteiligten individuellen Interessen in isolierter Betrachtung bestehen kann. Vielmehr müssen auch vielfältige am Gemeinwohl ausgerichtete Faktoren, z.B. soziale und ökonomische Gesichtspunkte, einbezogen werden. Dem entspricht die Aufhebung einer strengen Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht [57]. Zwar gibt es auch heute noch Bereiche, die uneingeschränkt als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich im klassischen Sinne gelten können. Jedoch dürfte Ludwig Raiser das Verhältnis Privatrecht - öffentliches Recht treffend mit dem Bild einer Ellipse mit zwei Brennpunkten, zwischen denen sich ein von beiden Seiten beeinflußter Mittelbereich ergibt, beschrieben haben [58].

Die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Privatrechtsentwicklung und der Privatrechtsauffassung des konventionellen IPR wird erst verständlich, wenn man die Emanzipation des Kollisionsrechts vom materiellen Recht berücksichtigt. Diese findet ihren ersten Ansatz schon in der Auseinandersetzung um den Standort des IPR im Rechtssystem [59]. Jenseits dieser eher formalen Betrachtungsweise ist heute die inhaltliche Einschätzung der Bedeutung des Kollisionsrechts kennzeichnend. Die konventionelle Theorie schreibt dem IPR einen eigenen "unvertauschbaren" Beitrag zur Rechtsidee zu und setzt es insoweit dem

---

57) Vgl. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 75 ff.

58) Raiser, a.a.O., S. 22. Bemerkenswert in unserem Zusammenhang ist, daß im Familienrecht schon immer auch öffentlich-rechtliche Einflüsse anerkannt wurden, vgl. Gernhuber, Familienrecht, S. 5; dies findet seinen Niederschlag im IPR in den speziellen Vorbehaltsklauseln und dem häufigen Eingreifen des ordre public, vgl. Rehbinder, a.a.O., S. 154.

59) Vgl. dazu z.B. Valladao, Eranion Maridakis, Bd. III, S. 529 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 5; Kegel, IPR, S. 12.

Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht gleich [60]. Dies impliziert die Behauptung, daß dem IPR ebenso wie diesen Bereichen die Regelung eines eigenen, autonomen Ordnungsbereichs obliegt. Neben dem Privatrechtsverständnis, das es erlaubt, die Inhalte des materiellen Rechts zu vernachlässigen, legitimiert diese vermeintliche Autonomie zusätzlich die Annahme einer spezifisch international-privatrechtlichen Gerechtigkeit. Sie erscheint aber außerordentlich fraglich.

Einerseits ist auch das konventionelle IPR hier nicht konsequent. Zwar behauptet es grundsätzlich den Vorrang der international-privatrechtlichen Gerechtigkeit vor der materiell-rechtlichen, doch da es letztlich nur eine Gerechtigkeit gibt, muß auch das konventionelle IPR eben doch in extremen Fällen mit dem ordre public einen Ausgleich schaffen [61]. Andererseits kann das IPR immer nur einen Teilbetrag zur Bewältigung von sozialen Konflikten leisten. Eine isolierte kollisionsrechtliche Entscheidung ist sinnlos, eine isolierte straf-, verwaltungs- oder zivilrechtliche nicht. Schon dieser praktische Zusammenhang zeigt, daß dem Kollisionsrecht kein eigener unabhängiger Ordnungsbereich zugewiesen ist. Es steht genotypisch vor denselben Ordnungsaufgaben wie das materielle Recht, auch wenn diese Ordnungsaufgaben die Besonderheit des Auslandsbezugs aufweisen.

In Teilbereichen, insbesondere im Wirtschaftsrecht, kann die konventionelle Theorie die veränderte Aufgabenstellung des materiellen Rechts nicht ignorieren. Jedoch versucht sie, diesem Wandel mit dem Regel-Ausnahme-Prinzip, insbesondere mit der Lehre von der Sonderanknüpfung [62], gerecht zu werden [63].

---

60) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 42; Kegel, IPR, S. 54 f.; in die gleiche Richtung A. Lüderitz, FS Kegel, S. 31 ff., 53.
61) Vgl. Kegel, IPR, S. 63.
62) Vgl. hierzu Kap. 4.
63) Neuhaus, Grundbegriffe, S. 40, spricht von einer "Zweipoligkeit" des IPR, will die "politische" Fragestellung aber als Ausnahme auf sogenannte Eingriffsgesetze beschränken.

Ihre internationale Fragestellung soll nur dort durchbrochen werden, wo "nicht der Mensch und die sachgemäße Regelung seiner Verhältnisse im Blickpunkt der Gesetzgebung stehen und erst recht nicht die internationale Rechtseinheit, sondern ein bestimmtes rechtspolitisches Interesse des gesetzgebenden Staates" [64]. Damit wird Savignys Differenzierung zwischen "reinem", "regelmäßigem" Recht und "anormalem" Recht wieder aufgenommen [65]. Schon von Bar hat hiergegen eingewandt, daß letztlich alles Recht dem Menschen zu dienen bestimmt sei [66]. Auch heute wäre wieder die Frage zu stellen, was denn Gegenstand des "rechtspolitischen" Interesses sein soll, wenn nicht der "Mensch und die sachgemäße Regelung seiner Verhältnisse" [67].

Die vermeintliche Polarität, die diese Widersprüche im konventionellen IPR verursachen, hat Braga mit einer dualen Funktionsbeschreibung des IPR zu erklären versucht. Braga will das IPR einerseits als Zivilrecht für Sachverhalte mit Auslandsbezug, andererseits als Normengrenzrecht verstehen. Während seines

---

64) So Neuhaus, Grundbegriffe, S. 32; vgl. auch Kegel, IPR, S. 237 f., wonach auch "machtpolitische" Faktoren dem ordre public zugewiesen werden.

65) Vgl. Neuhaus, a.a.O., der ausdrücklich auf Savigny Bezug nimmt.

66) Vgl. v. Bar, Theorie und Praxis des IPR, S. 90.

67) Dieser Unterscheidung zwischen "sachgerecht" und "rechtspolitisches Interesse" wie auch der Einschätzung der Grundrechte liegt bei Neuhaus ein besonderes Rechts(vor)verständnis zugrunde. "Erfahrungsgemäß haben die modernen Verfassungen auch in ihren scheinbar abstrakten Grundsatzbestimmungen mehr tagespolitischen als rechts- und sozialpolitischen Gehalt; sie formulieren lieber einzelne aktuelle Forderungen als die bleibenden (unbestrittenen) Grundsätze der Gesellschaftsordnung. Allgemein sollten Privatrechtler eine unmittelbare Beziehung zu Recht und Gerechtigkeit haben, ohne erst der Belehrung durch die Politik zu bedürfen; wie in Deutschland bis 1949, können heute noch die Juristen in der Mehrzahl der freien Staaten Europas ihr Rechtsbewußtsein nicht aus einer Verfassung schöpfen." Neuhaus, Grundbegriffe, S. 383.

Erachtens dort mit Hilfe der auch aus dem materiellen Recht bekannten Verweisungstechnik unmittelbar Sachentscheidungen getroffen werden, soll beim Normengrenzrecht nur der Anwendungs- und Geltungsbereich von Rechtsnormen durch Erweiterung und Präzisierung ihrer Tatbestände festgelegt werden [68].

Eine Autonomie des IPR gegenüber dem materiellen Recht wäre hierbei nur bei der ersten Variante gegeben. Eine solche Regelung ist theoretisch möglich. Das geltende IPR entspricht ihr jedoch nicht. Braga stützt sich vor allem darauf, daß die Struktur der Kollisionsnormen sich nicht von der Struktur der Verweisungsnormen des materiellen Rechts unterscheidet [69]. Dies trifft aber nur in formaler Hinsicht zu. Während die Verweisungsnormen des materiellen Rechts tatsächlich unmittelbare Sachentscheidungen treffen, erfassen und regeln Kollisionsnormen ihr Regelungsobjekt sowohl auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsnachfolgenseite nur mittelbar, so daß im Gegensatz zu den Verweisungsnormen des materiellen Rechts nicht von "eigenen Sachentscheidungen" der Kollisionsnormen gesprochen werden kann.

Die Verweisung im materiellen Recht erfolgt nicht "blind" wie im Kollisionsrecht, sondern gerade im Hinblick darauf, daß bereits an anderer Stelle im Gesetz für die infrage stehende Ordnungsaufgabe eine sachgerechte Lösung vorhanden ist. Die verweisende Norm trifft also deshalb eine "eigene" Sachentscheidung, da sie die Rechtsfolgen ihrer Verweisung auch über die bloße Inbezugnahme anderer Normen hinaus "kennt". Dies ist bei den Kollisionsnormen zweifellos nicht der Fall. Aber nicht nur auf der Rechtsfolgenseite, sondern auch auf der Tatbestandsseite erfassen Kollisionsnormen durch ihre besondere Struktur ihren Regelungsgegenstand nur mittelbar. Die von ihnen benutzten

---

68) Vgl. Braga, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 89 ff.
69) Vgl. a.a.O., S. 92 ff.

Systembegriffe erfassen nicht unmittelbar den Sachverhalt oder einzelne Sachverhaltssysteme, sondern sie nehmen auf rechtliche Strukturen außerhalb des Kollisionsrechts Bezug. Gerade mit dieser Verweisung im Tatbestand stellt sich die Qualifikationsproblematik. Daher kann das IPR nicht als eigenständiges Zivilrecht für internationale Sachverhalte charakterisiert werden [70].

Aber auch ein Verhältnis des Kollisionsrechts als Normengrenzrecht stößt auf Bedenken. Das geltende Völkerrecht bietet für eine internationale Grenzziehung der nationalen Zivilgesetze keine hinreichenden Anhaltspunkte [71]. Zudem könnte das Völkerrecht nur festlegen, wie weit eine nationale Rechtsordnung äußerstenfalls den Anwendungsbereich seines materiellen Rechts erstrecken darf, nicht aber, wie weit es das ausländische Recht heranziehen kann. Zudem erscheint fraglich, inwieweit es im Kollisionsrecht um Grenzziehung für einzelne Sachnormen oder um Präzisierung ihrer Tatbestände geht. Gerade bei komplexen Gesetzen wie dem BGB finden einzelne Normen in mehreren Sachzusammenhängen Verwendung. Je nach Sachzusammenhang müssen ihm dann auch unterschiedliche Regelungsbereiche zugewiesen werden, so z.B. den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Normen bei Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäften. Ein Normengrenzrecht im Sinne von Braga müßte also diese mehrfache Funktion der Sachnormen wieder auflösen und jeweils einzelne Anknüpfungspunkte benennen. Auch dies ist theoretisch durchaus möglich, auch wenn es nicht als besonders sinnvoll erscheint. Offensichtlich ist dies jedoch keine zutreffende Beschreibung des geltenden und praktizierten IPR.

Ebensowenig vermag eine Herleitung des IPR aus dem Gleichheitsgrundsatz, wie dies Lorenz vorschlägt, der Theorie des

---

70) Zu der damit implizierten Behauptung, IPR sei nur für internationale Sachverhalte anwendbar, vgl. Braga, a.a.O., S. 93; s.u.

71) Vgl. schon oben Kap. 1; Braga, a.a.O., S. 93; s.u.

konventionellen IPR eine hinreichende Grundlage zu geben [72]. Lorenz räumt selbst ein, daß dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur eine methodische Verpflichtung, nicht aber die "inhaltlich normativen Relevanzkriterien" entnommen werden können [73]. Gerade diese Kriterien sind aber in der gegenwärtigen Reformdebatte des IPR umstritten.

Aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 GG ist neben seinen allgemeinen Kriterien wie dem der Geeignetheit nur zu beachten, daß er die Verwendung einiger Kriterien gerade ausschließt. Daher ist es unzutreffend, zur Rechtfertigung von Kollisionsnormen, die einseitig auf die Staatsangehörigkeit des Mannes abstellen, eine verfassungsrechtliche Antinomie zu konstruieren, wie sie Lorenz behauptet [74]. Eben weil Art. 3 GG keine Aussagen darüber macht, ob und wie ein Auslandsbezug zu berücksichtigen ist bzw. welcher Auslandsbezug gegebenenfalls zur Anwendung ausländischen Rechts zwingt, vermag er keine Anknüpfung und auch keine Anknüpfungsmethode zu rechtfertigen.

Darüber hinaus muß Lorenz seinem Vorschlag notwendig die Annahme zugrunde legen, daß das IPR nur "heterogene", nicht aber "homogene", also reine Inlandssachverhalte erfaßt [75]. Diese Differenzierung ist aber, selbst wenn sie nicht sinnlos sein soll, eine normative Entscheidung. So ist der Kauf eines PKW bei einem inländischen Händler auch dann ein Inlandssachverhalt, wenn das Fahrzeug im Ausland hergestellt wurde, wenn und soweit es um kaufrechtliche Fragen geht. Stellt sich jedoch die Frage der Produzentenhaftung, so tauchen schwierige Fragen der

---

72) Vgl. zur historischen Analyse von Lorenz schon oben, Kap. 1.
73) Lorenz, Zur Struktur des IPR, S. 65.
74) So aber Lorenz, a.a.O., S. 66, vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 3 Abs. I, Rdnrn. 54 ff.
75) a.a.O., S. 65; so z.B. auch Braga, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 93.

Rechtswahl auf. Die Qualität eines Sachverhalts als Sachverhalt mit Auslandsbezug wird also nicht nur durch tatsächliche Kriterien bestimmt. Im geltenden IPR ist die normative Entscheidung über Inlands- und Auslandssachverhalte integriert [76]. Dies erscheint sachgerecht, da ansonsten nur verbleibt, durch ein "Überkollisionsrecht" vorab festzulegen, ob überhaupt das Kollisionsrecht zum Zuge kommt.

Insgesamt bietet also die Theorie des konventionellen IPR keine befriedigende Begründung für die Autonomie des IPR in dem von ihr beanspruchten Ausmaß und seine Unabhängigkeit vom materiellen Recht. Die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Begründungsversuchen führt im Gegenteil zu der Annahme, daß ein zutreffendes Verständnis des IPR nur möglich ist, wenn man seine beschränkte Funktion im Rahmen der zivilrechtlichen Entscheidung berücksichtigt und den dann notwendigen Zusammenhang mit dem materiellen Recht in Rechnung stellt.

Dies muß nicht heißen, daß die kollisionsrechtliche Fragestellung in der materiell-rechtlichen aufgeht, wie dies weitgehend bei Currie der Fall ist. Dies muß jedoch heißen, daß - in welcher dogmatischen Form auch immer - materiell-rechtliche Gesichtspunkte in die kollisionsrechtliche Entscheidung integriert werden. Die Aufgabe des Kollisionsrechts, die jeweilige Reichweite der eigenen Rechts- und Sozialsphäre zu bestimmen und gegebenenfalls die sachgerechte Regelung für Fälle außerhalb dieser eigenen Sphäre zu ermitteln, läßt einen Verzicht auf die Einbeziehung von Sinn und Zweck des inländischen materiellen Rechts und seiner Wertungen nicht zu.

---

76) Dabei ist rechtlich unerheblich, daß die Praxis nur dort auf das Kollisionsrecht eingeht, wo dies vom Sachverhalt her geboten erscheint. Ähnliches ist allenthalben der Fall, z.B. bei notwendigen Prozeßvoraussetzungen.

§ 5

Die Vorschläge der sogenannten politischen Schule

Die Reformvorschläge, die die Kritik bislang dem konventionellen IPR gegenübergestellt hat, weisen untereinander erhebliche Unterschiede auf. Jedoch ist zu berücksichtigen, daß insbesondere die sogenannte politische Schule noch nicht zur Formulierung eines vollständigen kollisionsrechtlichen Konzeptes vorgedrungen ist. Die erkennbare Tendenz reicht von einer weitgehenden Übernahme des Ansatzes von Currie bis zu einer stärkeren Betonung der Sonderanknüpfung.

Joerges steht der "Governmental Interests Analysis" von Currie sehr nahe. Anhand einer Analyse des internationalen Wettbewerbsrechts hat er nachgewiesen, daß insbesondere die neuere Judikatur weitgehend mit den Gesichtspunkten des Gemeininteresses, der Rechtszwecke und der Comitas erklärt werden kann [77]. Er ist der Auffassung, "daß eine von diesen Kategorien methodisch geleitete Praxis zu mehr Rationalität und zu mehr international-privatrechtlicher Gerechtigkeit finden könnte, als sie es bisher vermochte" [78].

Mit der Differenzierung zwischen scheinbaren und echten Kollisionen will Joerges alle die Fälle ausscheiden, in denen von den "betroffenen Rechtsordnungen" nur eine an der Geltung ihres Rechts interessiert sein kann, wie sich aus einer die jeweiligen Rechtszwecke und Gemeininteressen berücksichtigenden Auslegung der infrage kommenden Normen ergeben soll [79].

---

77) Vgl. RabelsZ 36 (1972), S. 421 ff., insbes. 475 ff, 487 ff.
78) a.a.O., S. 489.
79) Vgl. a.a.O., S. 471.

Abweichend von Currie befürwortet Joerges - auch unter dem Gesichtspunkt der Realisierbarkeit dieses Ansatzes im deutschen IPR - eine Rechtswahl nach "formalisierten" Kriterien [80]. Leitlinie für die Entscheidung kollisionsrechtlicher Fälle, also für die Festlegung der Anknüpfungspunkte, soll sein, "daß eine von Gemeininteressen der betroffenen Staaten ausgehende und der Comitas verpflichtete Rechtsanwendungsentscheidung bei der Lösung echter Konflikte die sozialen Kosten der betroffenen Ordnung abzuwägen und einen der eigenen public policy verpflichteten Ausgleich zu formulieren hat" [81]. Dabei muß nach Joerges das Kollisionsrecht auch "vertikalen" Differenzierungen zugänglich sein, um auch den unterschiedlichen sozialen Entwicklungsstand der beteiligten Gesellschaftsordnungen bei der Analyse und Bewertung der Interessen an einer internationalrechtlichen Beziehung berücksichtigen zu können. D.h., die zu entwickelnden Kollisionsnormen sollen auf "zweiseitige" Kollisionsnormen beschränkt sein [82].

Wiethölter und Rehbinder ziehen demgegenüber eine Weiterentwicklung der Lehre der Sonderanknüpfungen vor, allerdings mit differenzierender Akzentsetzung. Wiethölter fordert auch bei der Entwicklung von speziellen Anknüpfungen eine Ausgestaltung, die sie der "Internationalisierung" zugänglich machen. Sein Fernziel ist die Entwicklung eines zwar differenzierteren, aber auch universal geltenden Kollisionsrechtssystems [83].

---

80) Vgl. a.a.O., S. 471 f.; Joerges selbst rückt seinen Ansatz in die Nähe der Sonderanknüpfungslehre, m.E. geht er jedoch über deren beschränkten Wirkungsbereich weit hinaus.

81) Vgl. a.a.O., S. 472.

82) Vgl. a.a.O., S. 470, 472.

83) Vgl. Wiethölter, Zur Frage des internationalen ordre public, S. 160 ff.; wie besonders aus seinem jüngsten Beitrag zur Grundsatzdiskussion in FS Kegel, S. 213, insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit eines Paradigma-Wechsels, hervorgeht, läßt dies nicht auf eine größere Nähe Wiethölters zum konventionellen IPR schließen.

Rehbinder sieht hingegen die Notwendigkeit zum Verzicht auf "neutrale, generalisierungsfähige" Kriterien, da hiermit den funktionalen Gesichtspunkten nicht genügend Rechnung getragen werden könne [84]. Er schlägt die Entwicklung eines "ergänzenden Systems für soziales, wirtschafts- und unternehmensordnendes Privatrecht" vor, denn hier seien die Rechtsbeziehungen aus der Sphäre des rein Privaten herausgehoben und zum Gegenstand von Allgemeininteressen geworden [85].

Grundlage soll die Definition der in- und ausländischen Gemeininteressen an der Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der regulativen Zwecke und Funktionen der Sachnormen sein. Jedoch bezieht Rehbinder auch die Privatinteressen an der Rechtswahl mit ein, d.h. er befürwortet eine "Wiedereröffnung des Wertungsprozesses" im Hinblick auf die grenzüberschreitenden Bezüge des Sachverhalts [86].

Die Reduzierung des Kollisionsrechts auf die Definition von Gemeininteressen und ihrem Ausgleich unter dem Gesichtspunkt der Comitas, wie es Joerges vorschlägt, vermag nicht zu überzeugen. Hierdurch rückt die Durchsetzung der Staatsgewalt und die Wahrung der staatlichen Souveränität in den Mittelpunkt des Kollisionsrechts. Damit abstrahiert das IPR erneut von wesentlichen Gesichtspunkten des materiellen Rechts.

Neben den am Gemeinwohl ausgerichteten Faktoren liegen dem materiellen Recht auch - und in einigen Bereichen fast ausschließlich - Individualinteressen und ihr sachgerechter Aus-

---

84) Vgl. JZ 1973, S. 157.
85) Vgl. a.a.O., S. 156.
86) a.a.O., S. 157. Rehbinder sieht hier allerdings zwei Probleme: Einerseits die Gefahr erneuter mechanischer Anknüpfungen, die auf inhaltliche Fragen der Sachnormen nicht eingehen, andererseits die Frage der Legitimität richterlicher Entscheidungen, insbesondere bei Einbeziehung allgemeiner politischer Faktoren, vgl. a.a.O., S. 158.

gleich in Regelungen des materiellen Rechts zugrunde [87]. Sollen diese Gesichtspunkte und auch weitere kollisionsrechtliche Faktoren wie die Parteierwartungen hinsichtlich des anzuwendenden Rechts etc. nicht völlig vernachlässigt werden, könnten sie im Modell von Joerges nur bei der Definition des jeweiligen Gemeininteresses eingebracht werden, wie das auch Currie vorschlägt [88]. Dem ist mit Cavers die Frage entgegenzustellen, warum sie nicht unmittelbar als eigenständige Gesichtspunkte berücksichtigt werden können [89]. Die methodische Begründung Curries (Kompetenz der Legislative, politische Aufgabe) vermag ebensowenig wie für das Common Law für das Civil Law zu überzeugen [90]. Man kann daher Rehbinder zustimmen, der von einer "Wiedereröffnung des Wertungsprozesses" im Hinblick auf die grenzüberschreitenden Bezüge des Sachverhalts ausgehen will.

Zweifelhaft erscheint hingegen die von Rehbinder wie auch von Wiethölter vorgeschlagene enge Anlehnung an die Lehre von der Sonderanknüpfung. Hierdurch wird eine Polarität des IPR zwischen einer Fragestellung "vom Sachverhalt her" und einer "vom Gesetz her" gerade akzeptiert [91]. D.h., die Konzeption des klassischen IPR würde damit letztlich nicht infrage gestellt, nur ihr Anwendungsbereich durch die Erweiterung der Sonderanknüpfung eingeschränkt. Gerade auch ihre Kritik legt jedoch nahe, diese Zweiteilung zu bezweifeln. Zudem ist noch zu klären, ob und inwieweit die Lehre von der Sonderanknüpfung funktional von der Wirkungsweise des ordre public abweicht [92]. Schließlich

---

87) Vgl. auch Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im IPR, S. 51 ff.; vgl. auch P.M. Gutzwiller, Schw. Jb. 25 (1968), S. 166 ff.
88) S.o.; vgl. Currie, L. & Cont. Prob. 28 (1963), S. 761.
89) Siehe schon oben S. 21 f.
90) Vgl. für das Common Law v. Mehren/Trautman, S. 78 f.; Cavers, Rec. des Cours, 131,S. 148.
91) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 32 ff.
92) S.u. § 4.

kommt hinzu, daß gerade auf dem Gebiet des Familienrechts, das Rehbinder ausnehmen will, u.a. durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Beachtung der Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts sich die Frage nach den relevanten Topoi der kollisionsrechtlichen Entscheidung und ihrer dogmatischen Einteilung besonders dringend stellt. Die Frage nach der Struktur des kollisionsrechtlichen Entscheidungsprozesses und nach den hierin relevanten Gesichtspunkten läßt sich nicht auf einzelne Gebiete des IPR beschränken.

§ 6

Materialisierung des IPR als Ausweg

Steindorff hat das konventionelle IPR von einem ähnlichen Ausgangspunkt wie dem der politischen Schule angegriffen, jedoch will er den Mängeln dieser Theorie mit seiner These von der Notwendigkeit von Sachnormen im IPR zur Regelung internationaler Sachverhalte begegnen [93].

Insbesondere anhand der Problematik der Qualifikation versucht Steindorff nachzuweisen, daß entweder die tatsächliche Internationalität der Sachverhalte vernachlässigt werde oder eine Fülle von Qualifikationskonflikten in Kauf genommen werden müsse [94]. Die Kritik Steindorffs richtet sich also gegen die völlige "Nationalisierung" internationaler Sachverhalte. Diese definiert er als Sachverhalte, "bei denen angesichts der Effektivität oder der

---

93) Vgl. Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 46 ff.; ders., Entwicklungen des deutschen IPR, S. 166 ff.

94) Vgl. a.a.O., S. 52 ff.; weitere Untersuchungsfelder Steindorffs sind das Deliktstatut und die Sonderanknüpfung zwingender Normen im Vertragsrecht. Zur Kritik vgl. Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 244 ff.; Wengler, AcP 158, S. 543 ff.

kollisionsrechtlich begründeten Anwendbarkeit mehrerer nicht harmonisierender Rechtsordnungen die Beurteilung nach lediglich einer Rechtsordnung dem Sachverhalt nicht gerecht wird, weil die Verknüpfung dieser Ordnung die Beziehungen anderer Rechtsordnungen nicht tatsächlich erheblich überwiegt" [95].

Der kritische Punkt des Ansatzes von Steindorff liegt darin, daß er die überwiegende Verknüpfung zu einer Rechtsordnung oder "die Internationalität" des Sachverhalts allein durch tatsächliche Beziehungen bestimmen will [96]. Damit differenziert auch Steindorff zwischen homogenem und heterogenem Sachverhalt. Hier ist wiederum einzuwenden, daß diese Unterscheidung die Wahl nicht erübrigt [97]. Die faktischen Auslandsbezüge eines Sachverhalts können eine unübersehbare Vielfalt aufweisen (Herstellungsort einer beweglichen Sache, Staatsangehörigkeit des bei der Produktion eingesetzten Personals, um einige in der Regel irrelevante Bezüge zu nennen), ihre Relevanz im Lichte der jeweiligen Ordnungsaufgabe (z.B. Produzentenhaftung, Fürsorgepflichten des Arbeitgebers) setzt bereits eine kollisionsrechtliche Beurteilung voraus. Die Frage, ob ein internationaler Sachverhalt im Sinne Steindorffs vorliegt und ob gegebenenfalls Sachnormen des IPR als sachgerechte Regelungsmöglichkeiten herangezogen werden können oder sogar müssen, kann also nicht am Anfang des kollisionsrechtlichen Entscheidungsprozesses stehen, sondern nur an seinem Ende.

Eine andere Art der materiellen Auflösung der kollisionsrechtlichen Fragestellung vertritt der "better law approach", den in den USA vor allem Leflar als eine "Choice influencing consideration" genannt hat und den Juenger und Zweigert in die

---

95) Vgl. Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 274 f.
96) Vgl. a.a.O., S. 276.
97) Vgl. schon oben die Kritik zu Lorenz und Braga, insoweit ist Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 244 f. zuzustimmen.

deutsche Reformdebatte eingebracht haben [98]. Juenger will unter Rückgriff auf "altbekannte" Anknüpfungsmomente mit kumulativen bzw. alternativen Anknüpfungen den Kreis der möglicherweise anwendbaren Normen sondieren. Zwischen ihnen soll dann der Richter nach materiellen Kriterien wählen, d.h. es soll das "vernünftigste", "sachgerechteste" oder "fortschrittlichste" Recht zur Anwendung kommen [99].

Zweigert will die Wahl des "besseren" Rechts auf die Fälle beschränken, in denen keine eindeutigen Kollisionsregeln vorhanden sind, sie soll also nur als subsidiäres Prinzip eingreifen [100]. Zweigert geht davon aus, daß jede Sachnorm des Privatrechts ein bestimmtes Rechtsgut schütze bzw. einen Ausgleich zwischen kollidierenden Rechtsgütern schaffe. Auf dieser Grundlage konkretisiert er das "bessere" Recht dahin, daß die Regelung gewählt werden soll, "in der das betreffende Rechtsgut am wirksamsten zur Geltung kommt" bzw. "in welcher der Konflikt auf die ausgewogenste Weise gelöst ist". Auch hier soll Maßstab ein "fortschrittliches" Rechtsdenken sein [101].

Die Bedenken gegen diesen unmittelbar materiell-rechtsvergleichenden Ansatz seien hier nur kurz angedeutet [102]. Die Rechtsvergleichung ist zur Lösung der hier gestellten Aufgabe weder imstande noch berufen. Zweigert selbst hat an anderer Stelle die Möglichkeit der Rechtsvergleichung zur "kritischen Wertung" dahin eingeschränkt, daß sie in weiten Bereichen - vor allem im Familienrecht und im Erbrecht - aufgrund der "Eingebundenheit" des Rechts in der religiösen Einstellung, der ge-

---

98) Vgl. Leflar, American Conflicts Law, S. 243 ff.; Juenger, Zum Wandel des IPR; ders., NJW 1973, S. 1521; Zweigert, RabelsZ 37 (1973), S. 435 ff.
99) Vgl. Juenger, Zum Wandel des IPR, S. 29 ff; ders., NJW 1973, S. 1525.
100) Vgl. RabelsZ 37 (1973), S. 444, 446 f.
101) Vgl. a.a.O, S. 447.
102) Vgl. auch Kegel bei Juenger, Zum Wandel des IPR, S. 35 f.

schichtlichen Entwicklung und in anderen grundlegenden soziologischen Faktoren versagen muß [103]. Hinzu kommen auch in den verbleibenden Bereichen des Wirtschaftsrechts grundsätzliche Unterschiede in der Wirtschaftsverfassung, die gegenüber einer Vielzahl von Ländern die Frage nach der besseren Lösung verwehrt [104]. Damit verbleibt diesen Ansätzen ohnehin nur ein äußerst beschränkter Anwendungsbereich.

Darüber hinaus stellt sich aber die Frage, ob auch dort eine Lösung der kollisionsrechtlichen Problematik anhand einer "besseren" Regelung zugelassen werden soll, wo es nicht um die Übernahme anderweitig praktizierter Lösungen auch für die eigene Rechtsordnung geht, sei es im Gesetzgebungsverfahren, bei der richterlichen Rechtsfortbildung oder bei der interpretatorischen Erschließung gleichlautender Regelungen, sondern um die Derogation der eigenen, inländischen Regelung. Bloße Zweifel am Anwendungsbereich des in- und ausländischen Rechts vermögen eine derart getroffene richterliche Entscheidung nicht zu legitimieren [105]. Schon der Leerformelcharakter der zur Entscheidungsfindung gegebenen Richtlinien ("fortschrittliches" Rechtsdenken, "ausgewogene" Weise) belegt, daß auf diesem Wege eine Konsensbildung ausgeschlossen ist.

Insgesamt also erscheinen a priori materielle Ansätze ungeeignet, die kollisionsrechtliche Fragestellung zu ersetzen. Ihre Ablehnung darf aber nicht den Blick darauf versperren, daß die Frage nach dem Verhältnis des Kollisionsrechts zum materiellen Recht noch zu beantworten bleibt.

---

103) Vgl. Zweigert, FS Schmitthof, S. 403 ff., 415.
104) Vgl. a.a.O, S. 417 ff.
105) Vgl. auch Currie, Sel. Essays, S. 593: "Conflict of laws is no playground for timid reformers."

§ 7

Zum Vorschlag einer allgemeinen Ausweichklausel

In der Grundlagendiskussion des Kollisionsrechts im Schweizer IPR, das sie besonders intensiv geführt hat [106], haben Vischer, Dietzi und Bucher die Forderung nach einer allgemeinen "Ausweichklausel" als Ergänzung der regulären Kollisionsnormen gefordert [107]. Insbesondere Vischer stellt seine Forderung in unmittelbaren Zusammenhang mit den neuen, teilweise amerikanischen Ansätzen des Kollisionsrechts. Einerseits meint er, in der Praxis des Schweizer Bundesgerichts ein erstaunlich hohes Maß an Konkordanz mit den modernen Theorien zur kollisionsrechtlichen Entscheidung, besonders dem des "policy weighing" und des "result selective approach" feststellen zu können [108]. Andererseits weist er darauf hin, daß im internationalen Obligationenrecht das Bundesgericht die Notwendigkeit einer Ausweichklausel schon anerkannt hat [109]. Dementsprechend stellt

---

106) Vgl. neben den hier genannten noch P.M. Gutzwiller, Schw. Jb. f. int. Recht 25 (1968), S. 161 ff.; Heini, Schw. Jb. f. int. Recht 19 (1962), S. 31 ff.; Trautman, Das IPR der Deliktsobligation; Schwander, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im IPR; der Vorschlag von Schwander, der einen "geordneten Methodenpluralismus" vorsieht, also ein mehr oder weniger unverbindliches Nebeneinander von Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, ordre public, Sachnormbildung etc., vgl. a.a.O., S. 447 ff., ist sehr fragwürdig, da damit gerade eine Klärung der einzelnen Phänomene verhindert wird und eine Dogmatisierung völlig ausgeschlossen ist; vgl. auch Neuhaus, RabelsZ 41 (1977), S. 426 ff.

107) Vgl. Vischer, ZSchwR 1971, 2. Hlbd., S. 1 ff., 16 ff., 74 ff.; Dietzi, FS zum Schweizerischen Juristentag 1973, S. 49 ff.; Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im IPR. Grundsätzlich zustimmend Neuhaus, Grundbegriffe, S. 376 f.; vgl. auch ders., FS Kegel, S. 23 ff., 28.

108) Vgl. Vischer, a.a.O., S. 48 ff., 26.

109) Vgl. Vischer, a.a.O., S. 48 f., 74.

Vischer ein praktisches Bedürfnis für eine Ausweichklausel gegenüber den wenig anpassungsfähigen klassischen Kollisionsnormen fest. Er hält es hierbei nicht für angängig, zur "Unterwanderung" dieser Kollisionsnormen zu den Behelfen des allgemeinen Teils Zuflucht zu nehmen [110]. Dietzi stützt seine Forderung auf das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, in dem ein Ausgleich zwischen beiden Postulaten gesucht werden müsse. Dies soll durch eine Verbindung "aprioristischer" und "postioristischer" Anknüpfungen ermöglicht werden [111].

Nach den weitgehend übereinstimmenden Vorschlägen von Vischer und Dietzi können teils objektive, teils subjektive Elemente das Eingreifen der Ausweichklausel rechtfertigen. Hierzu gehört die Erwartung der Parteien auf Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung, z.B. bei einem unerwarteten Statutenwechsel oder einem Vertrauen auf die Gültigkeit eines unter einer früheren maßgeblichen Rechtsordnung begründeten Rechtsverhältnisses. Ein enger Sachzusammenhang mit einem anderen Rechtsverhältnis, zum Beispiel bei miteinander verflochtenen Verträgen, ein gegenüber anderen Berührungspunkten isoliertes Anknüpfungsmoment oder - nach Dietzi - die mangelnde Konstanz des Anknüpfungsbegriffes, z.B. bei schon feststehendem Domizilwechsel, sowie je nach Sachlage die internationale oder die interne Entscheidungsharmonie sollen ebenfalls die Korrektur der Anknüpfung ermöglichen. Schließlich sollen auch der "normale" ordre public und eine allgemeine Härteklausel in der Ausweichklausel aufgehen [112]. Insgesamt soll den regulären Kollisionsnormen nur eine prima facie Bedeutung zukommen, da die durch

---

110) Vgl. a.a.O., S. 74.
111) Vgl. Dietzi, S. 49 ff., 56 ff., FS zum Schweizerischen Juristentag 1973.
112) Vgl. Vischer, a.a.O., S. 75 ff.; Dietzi, S. 61 ff.

sie vermittelten Anknüpfungen anhand der Ausweichklausel bei "atypischen Fällen" vernachlässigt werden können [113].

In eine andere Richtung geht die von Bucher vorgeschlagene Ausweichklausel; sie faßt einige Institute des allgemeinen Teils des Kollisionsrechts, namentlich die Rück- und Weiterverweisung, die Sonderanknüpfung, den "Nichtanwendungswillen" der lex causae und den "normalen" ordre public zusammen. Bucher sieht die Funktion allseitiger Kollisionsnormen in "einer allgemeinen Koordination und wechselseitigen Rücksichtnahme auf verschiedene Rechtsanwendungsinteressen" [114]. Diesem Gedanken muß seines Erachtens auch bei der Berichtigung dieser Normen, die aufgrund der Anwendungsbreite der Kollisionsnormen oder einer Verkennung der Rechtsanwendungsinteressen anderer Staaten, z.B. aufgrund einfacher Bilateralisierung des inländischen Rechtsanwendungsinteresses notwendig werden kann, Rechnung getragen werden.

---

113) Vgl. Vischer, a.a.O., S. 74 f.; Dietzi, a.a.O., S. 56 f. Dietzi schlägt folgende Fassung vor, a.a.O., S. 74: "Ausnahmsweise kann anstelle des von der Kollisionsnorm berufenen ein anderes Recht angewendet werden, wenn berechtigte Erwartungen der Parteien, ein noch engerer Zusammenhang mit einer anderen Rechtsordnung oder die Vermeidung widersprüchlicher Ergebnisse dies dringend erheischen sowie wenn das Ergebnis gegen grundlegende Prinzipien des einheimischen Rechts verstößt oder eine unzumutbare Härte für den Betroffenen zur Folge hat." Vischer, a.a.O., S. 77 FN 63, weicht inhaltlich nur insoweit ab, als er noch "überwiegende Durchsetzungsinteressen eines anderen Staates", s.E. ein Sonderfall der "Gefahr widersprüchlicher Ergebnisse", vgl. a.a.O., S. 76, aufnimmt. Zur allgemeinen Härteklausel vgl. auch Stöcker, StAZ 1970, S. 325 ff.

114) Vgl. Bucher, a.a.O, S. 221; Bucher sieht im Vordergrund des Kollisionsrechts das inländische Rechtsanwendungsinteresse, wie vor allem die Tendenz zu einseitigen Kollisionsnormen und die Überschneidung der Funktionen einseitiger und allseitiger Kollisionsnormen zeige, vgl. a.a.O., S. 103 ff., 193 ff. Er will jedoch - in gewissen Grenzen - allseitige Kollisionsnormen bevorzugen, vgl.a.a.O., S. 210.

Daher faßt Bucher sowohl die Rechtsbehelfe, die auf das Rechtsanwendungsinteresse der lex causae oder dritter Staaten abstellen und die, bei denen das Rechtsanwendungsinteresse der lex causae angesprochen wird, zusammen. Da bei der Anpassung der Kollisionsnormen auf die wesensmäßig wechselseitigen Interessenlagen Rücksicht genommen werden soll, will er diese Behelfe nicht als autonome Entscheidungshilfe, sondern nur als zueinander komplementäre Elemente der kollisionsrechtlichen Entscheidungsfindung sehen [115]. Daher empfiehlt er de lege ferenda ihre rechtspolitische Funktion einer kollisionsrechtlichen Generalklausel zuweisen [116].

Beide Variationen einer Ausweichklausel führen im Ergebnis hinsichtlich der dogmatischen Einarbeitung materiell-rechtlicher Gesichtspunkte in das Kollisionsrecht nicht oder nur geringfügig über den ordre public hinaus. Die Mehrzahl der von Vischer und Dietzi vorgeschlagenen Fallgruppen, bei denen eine Abweichung von den regulären Kollisionsnormen zulässig sein soll, setzt bereits voraus, daß prinzipiell der von der Kollisionsnorm gewählte Anknüpfungspunkt auch im Hinblick auf das materielle Recht sachgerecht und hinreichend differenziert ist. Die Berücksichtigung eines überraschenden Statutenwechsels, eines isolierten Anknüpfungspunktes oder eines Zusammenhangs mit einem anderen Rechtsverhältnis sind kollisionsrechtlich interne Anpassungen der regulären Kollisionsnorm, nehmen aber nicht auf den hier diskutierten Problemkreis Bezug. Materiell-rechtliche Faktoren werden neben dem ordre public nur mit der Anpassungsmöglichkeit aufgrund der Notwendigkeit der internen Entscheidungsharmonie und der allgemeinen Härteklausel, soweit sie mit Wertungen des materiellen Rechts konkretisiert wird, aufgegriffen.

---

115) Vgl. Bucher, a.a.O., S. 235 f.
116) Ein Vorschlag einer solchen Ausweichklausel findet sich a.a.O., S. 251 f.

Die interne Entscheidungsharmonie ist immer dann betroffen, wenn Regelungen des ausländischen Rechts mit Regelungen des inländischen oder eines anderen ausländischen Rechts, das für benachbarte Ordnungsaufgaben oder im Falle eines Statutenwechsels insbesondere im Sachenrecht für zeitlich nachfolgende Ordnungsaufgaben anzuwenden ist, nicht harmonieren. Das Problem der dann notwendigen Anpassung dieser Normen löst das konventionelle IPR entweder rechtsvergleichend materiell-rechtlich oder durch eine Korrektur der Qualifikation. Die Differenzierung der Kollisionsnormen im Hinblick auf die Besonderheiten der materiell-rechtlichen Ordnungsaufgabe ist hiermit nicht angesprochen.

Die eigenständige Etablierung einer allgemeinen Härteklausel neben dem ordre public erscheint zweifelhaft. Im konventionellen IPR ist sie ein Teil der Vorbehaltsklausel, wie deutlich die Umschreibung des BGH - untragbarer Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihr liegenden Gerechtigkeitsvorstellung - belegt [117].

Auch die von Bucher vorgeschlagene Ausweichklausel setzt das Bestehen von Kollisionsnormen, die im Hinblick auf die Reichweite der eigenen Sozialsphäre hinreichend differenziert sind, voraus. Bis auf den ordre public betreffen die Fallgruppen, die er in die Ausweichklausel aufnehmen will, bereits den Schritt der Bilateralisierung. Ob eine solche flexible Korrekturmöglichkeit im Hinblick auf möglicherweise anders gelagerte Rechtsanwendungsinteressen der neben der lex fori beteiligten Rechtsordnung notwendig ist, kann hier dahingestellt bleiben.

Insgesamt läßt sich also festhalten, daß die Emanzipation des IPR vom materiellen Recht, die Vernachlässigung von Sinn und Zweck

---

117) Vgl. BGHZ 50, 370.

der Sachnormen und der in ihnen deutlich werdenden Bewertung der Parteiinteressen von keiner überzeugenden Begründung getragen wird. Die Reformvorschläge bieten demgegenüber auch keine befriedigende Lösung, sie bedürfen zumindest noch weiterer Analyse.

3. Kapitel

Qualifikation

Eine Kritik des konventionellen IPR ist notwendig unvollständig, wenn nicht auch das Problem der Wahl zwischen den bestehenden Kollisionsnormen, also das Problem ihrer Interpretation und Subsumtion, in die Analyse einbezogen wird. Erst in der Auseinandersetzung mit der nur vermeintlich technischen Problematisierung der Qualifikation, wie die Wahl einzelner Kollisionsnormen seit Bartin genannt wird [1], kann deutlich werden, ob die Struktur der klassischen allseitigen Kollisionsnormen und ihre Regelungstechnik die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Gesichtspunkte und die sachgerechte Abgrenzung der eigenen Rechts- und Sozialordnung ausschließen oder - auch im Gegensatz zu theoretischen Vorstellungen - nicht gerade erzwingen. Zugleich ist diese Auseinandersetzung ein notwendiger Schritt für die Untersuchung der Funktion des ordre public, denn nur im Vergleich der Interpretation und Anwendung der "normalen" Kollisionsnormen einerseits und der Vorbehaltsklausel andererseits lassen sich hierzu Aussagen machen.

Die Qualifikation zählt auch heute noch zu den schwierigsten Problemen des IPR [2]. Die besondere Komplexität der Qualifikation ergibt sich einerseits aus dem Problem, daß selbst bei gelungener eindeutiger Bestimmung einer anwendbaren Kollisionsnorm die Frage nach den anwendbaren Rechtsnormen innerhalb

---

1) Bartin, La Théorie des Qualifications en droit international privé, in: Journal du droit international privé 24 (1897), S. 255 ff., 466 ff., 720 ff. (unv. Nachdruck in Piccone & Wengler (Hrsg.), IPR, S. 46 ff.). Dieselbe Problematik wurde schon einige Jahre zuvor von Kahn in "Gesetzeskollisionen - Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts", Iherings Jb. 30 (1891), S. 1 ff. = Abh. I, S. 1 ff., entdeckt.

2) Vgl. Ferid, IPR, S. 96.

der durch den Anknüpfungspunkt bezeichneten Rechtsordnung noch zu beantworten ist [3]. Das heißt, im Vergleich zu dem materiellen Recht sind im Kollisionsrecht zwei Unbekannte in Rechnung zu stellen. Dabei wird die Rechtsfindung durch die Verbindung verschiedener Rechtsordnungen mit unterschiedlicher Systematik und Begriffsbildung erschwert. Andererseits ist die Frage des Qualifikationsgegenstandes, also die Beschreibung der Elemente des Tatbestandes der Kollisionsnorm, umstritten.

Ein unmittelbarer Bezug zur Problematik der Rolle des materiellen Rechts liegt auf dem ersten Blick nur bei der Frage des Qualifikationsverfahrens nahe, wie dies auch in den verschiedenen Theoriebezeichnungen - Qualifikation "nach" der lex causae oder der lex fori, autonome international-privatrechtliche Qualifikation - zum Ausdruck kommt. Zumindest ebenso wesentlich ist aber, wie das folgende zeigt, die Frage nach dem Qualifikationsgegenstand, da mit der Antwort hierauf die Verfahrensfrage bereits in hohem Maße präjudiziert wird.

§ 8

Primäre und sekundäre Qualifikation

Verschiedentlich ist der Versuch gemacht worden, die Komplexität der Qualifikation zu reduzieren, indem man die Notwendigkeit entweder der Auswahl von Sachnormen, der sekundären Qualifikation, oder der Auswahl von Kollisionsnormen, der primären Qualifikation, verneint hat. So ist Rabel der Auffassung,

---

3) Im folgenden wird folgende Terminologie zugrunde gelegt: Primäre Qualifikation = Bestimmung der anwendbaren Kollisionsnormen; sekundäre Qualifikation = Bestimmung der anzuknüpfenden Sach- und ggf. ausländischen Kollisionsnormen; Mehrfachqualifikation = Subsumtion unter verschiedene Kollisionsnormen, jeweils primär oder sekundär.

daß es einer Bestimmung der anwendbaren Sachnormen nicht bedarf. Die Verweisung erfolgt seines Erachtens auf eine Rechtsordnung insgesamt. Er begründet dies mit dem Ideal der einheitlichen Rechtsordnung. Der innere Sachzusammenhang aller Sachnormen verbiete eine Beschränkung der Verweisung auf einzelne Teile einer Rechtsordnung [4].

Rabel sieht hierin auch keinen Widerspruch zu der Zwecksetzung der Kollisionsnorm, da diese in ihrem Tatbestand durch die Fassung der Rechtsfrage eine Beschränkung auf das gewünschte Maß herbeiführen könne [5]. Rabel sieht jedoch als Gegenstand der primären Qualifikation ein Lebensverhältnis, einen rechtlich noch ungeformten Tatbestand [6]. Offen bleibt, wie auf dieser Grundlage die Kollisionsnorm noch eine Beschränkung im oben genannten Sinn herbeiführen soll.

Aber selbst wenn man diesen Widerspruch auflöst, ist man der Auswahlfrage nicht enthoben. Denn enthält die Kollisionsnorm in ihrem Tatbestand eine rechtliche Begrenzung, so stellt sich eben die Frage, welche Normen des ausländischen Rechts zur Beantwortung dieser Rechtsfrage relevant sind. Die Notwendigkeit einer sekundären Qualifikation läßt sich unschwer am Beispiel der konkurrierenden vertraglichen und deliktischen Haftung aufzeigen. So ist z.B. bei einer fahrlässigen rechtwidrigen Eigentumsverletzung im Inland bei Erfüllung eines Vertrages, der ausländischem Recht unterworfen ist, die vertragliche Haftung des ausländischen Rechts, aber die deliktische Haftung des inländischen Rechts heranzuziehen. Damit ist es aber erforderlich, diese Normgruppen im ausländischen wie im inländischen

---

4) Vgl. Rabel, RabelsZ (1931), S. 241 ff. = Das Problem der Qualifikation (unv. Nachdruck 1962, hiernach zit.), S. 58 ff.
5) Vgl. a.a.O., S. 59, vgl. auch S. 61: "Gehörig umgrenzte Rechtsfrage".
6) Vgl. a.a.O., S. 11 ff.

Recht zu bestimmen. Ob dies bei entsprechend enger Fassung des Gegenstandes der primären Qualifikation, z.B. als Rechtsfrage, nur eine Frage der "schlichten Subsumtion" ist [7], soll hier einstweilen dahingestellt bleiben.

Den Weg der Ausschaltung der primären Qualifikation sind besonders Neuner und Wengler gegangen, er liegt auch der Theorie der Qualifikation nach der lex causae, wie sie Martin Wolff vertreten hat, zugrunde [8]. Ausgangspunkt ist die These, daß nur Rechtssätze der Qualifikation unterliegen, d.h. nur Rechtssätze (des materiellen Rechts) werden in Gruppen zusammengefaßt und einer Kollisionsnorm zugeordnet [9]. Im konkreten Fall erfolgt keine Auswahl der maßgeblichen Kollisionsnorm, sondern es werden (theoretisch) alle durch alle Kollisionsnormen bezeichneten Rechtssatzgruppen der Rechtsordnungen geprüft, bei denen die durch die Kollisionsnorm vorgeschriebenen Anknüpfungspunkte gegeben sind.

Am Beispiel des Prozeßkostenvorschusses für die Ehefrau heißt dies [10]: Über Art. 10 EGBGB wird das Recht der persönlichen Ehewirkungen herangezogen und geprüft, ob eine dem Anspruch stattgebende Norm in dieser Rechtssatzgruppe vorhanden ist. Zugleich wird über Art. 15 EGBGB das Ehegüterrecht angeknüpft und ebenfalls daraufhin überprüft, ob hierin eine stattgebende Norm anzutreffen ist. Daneben kann auch das Schei-

---

7) So Makarov, FS Dölle II, S. 149 ff., 153.
8) Vgl. Neuner, Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm; Wengler, FS Martin Wolff, S. 337; Wolff, IPR, S. 49 ff.; vgl. ferner Hoppe, Die Qualifikation von Rechtsätzen; zur Qualifikationstheorie von M. Wolff vgl. auch Selb, AcP 157 (1958/59), S. 341 ff.
9) Wengler, a.a.O., diskutiert auch kurz die Möglichkeiten einer Qualifikation der jeweiligen Rechtsbegehren und -ansprüche oder anhand der Rechtsfolgen, verwirft jedoch beide Wege, obwohl er ersteren de lege data für möglich hält, vgl. a.a.O., S. 356 f.
10) Beispiel nach Wengler, a.a.O., S. 342.

dungsstatut oder das Prozeßrecht des Forums wie alle anderen Normgruppen herangezogen werden.

Die kollisionsrechtliche Entscheidungsmaxime lautet also: "Wenn der von dem Kläger vorgebrachte Sachverhalt nach irgendeinem derjenigen Rechte, aus denen ich jeweils bei der Verwirklichung des maßgebenden Anknüpfungsmomentes irgendeine bestimmte Rechtssatzgruppe (Ehegüterrecht usw.) zur Anwendung bringen lasse, die begehrte Rechtsfolge hervorbringe, so soll mein Richter dem Anspruch stattgeben." [11] Bei dieser Methode wird also nicht entschieden, ob z.B. der Prozeßkostenvorschuß der Ehefrau ein Anspruch der persönlichen Ehewirkung oder des Güterrechts etc. ist, es findet also keine Entscheidung zwischen Art. 14 und Art. 15 statt. Entscheidend ist daher nur die Frage, wie die Zusammensetzung der jeweiligen Normgruppen bestimmt werden kann.

Hierfür hat Neuner nur wenige Anhaltspunkte gegeben. Danach bestimmt sich die Auswahl der jeweils durch die einzelnen Kollisionsnormen heranzuziehenden Normgruppen zwar formal nach einem Begriff der lex fori. Jedoch stützt sich dieser Begriff in der Regel auf übereinstimmende Anschauungen [12]. Neuner sieht die Notwendigkeit, neben der unmittelbar hierdurch gekennzeichneten Normgruppe auch eine Anwendung von Normen, die hiermit in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, in Betracht zu ziehen. Korrekturen bei Normenhäufungen und Normenmangel sollen durch Korrektur der Verweisungen erfolgen. So hält Neuner es für möglich, daß z.B. bei Verweisung auf ein bestimmtes Güterrechtssystem je nach dem daneben anzuwendenden Erbrecht die Frage des Erbrechts einmal diesem Güterrechtsstatut zu entnehmen ist, ein anderes Mal nicht [13].

---

11) Wengler, a.a.O., S. 345.
12) Vgl. Neuner, a.a.O., S. 134.
13) Vgl. a.a.O., S. 133.

Zu berücksichtigen ist, daß Neuner die gesamte Qualifikationstheorie als "Kind der Begriffsjurisprudenz" kritisiert. Sie gehe davon aus, daß sich alle kollisionsrechtlichen Probleme mit einer der gesetzlichen oder überlieferten Kollisionsnormen und Messung an diesen Begriffen lösen lasse. Sie versuche, die Schwierigkeiten, die aus den materiellen Unterschieden der Rechtsordnungen und den Unterschieden der Technik bei der Lösung gleicher Interessenkonflikte entstehen, durch "begriffliche Operationen" hinwegzudeuten. Auch Neuner hielt - ähnlich wie schon zuvor Kahn - die Lösung aller kollisionsrechtlichen Probleme durch die wenigen zur Verfügung stehenden Kollisionsnormen für illusionär, sie waren seines Erachtens "mehr Leitsätze" [14].

Detaillierter ist Wengler auf die Frage der Bestimmungen der jeweiligen Normgruppen eingegangen. Danach erfolgt die Gruppenbildung primär mittels einer inhaltlichen Umschreibung bestimmter notwendiger Elemente im Tatbestand oder Rechtsfolge der Rechtsnormen durch autonome, d.h. nicht aus anderen Normen des Forums entlehnte Begriffe der lex fori [15]. Zu diesem so inhaltlich bestimmten Gruppenkern treten nach Wengler noch die Normen, die mit den Normen des Gruppenkerns in einem rechtspolitischen Zusammenhang stehen. Auch hierbei soll durch die Kollisionsnormen der lex fori bestimmt werden, ob und inwieweit derartige rechtspolitisch "anhängende" Normen mit herangezogen werden. Die lex causae ist für die Qualifikation nur insoweit maßgebend, als anhand ihrer Sachnormen ermittelt werden muß, ob die inhaltlichen Anforderungen der Kollisionsnormen des Forums erfüllt sind [16]. Da den Systembegriffen des Kollisionsrechts kaum die von Wengler geforderten inhaltlichen Merkmale oder eine Umschreibung des rechtspolitischen Zusammenhangs unmittelbar entnommen werden kann, sieht er hier eine

---

14) Vgl. Neuner, a.a.O., S. 131 ff.; Kahn, Abh. I, S. 252 f.
15) Vgl. Wengler, a.a.O., S. 352 ff.
16) Vgl. a.a.O., S. 355 f.

"Bestimmtheitslücke", die durch die Rechtsprechung auszufüllen sei [17].

Bei diesem Qualifikationsverfahren besteht die Möglichkeit, daß ein- und dieselbe Sachnorm unter den Geltungsbereich mehrerer Kollisionsnormen fallen kann, da sie inhaltliche Merkmale mehrerer Normgruppen aufweist oder mit ihnen in dem jeweils geforderten rechtspolitischen Zusammenhang steht [18]. Damit kann es bei der Anwendbarkeit mehrerer Rechtsordnungen zu Anspruchskonkurrenzen kommen, da z.B. der Anspruch der Ehefrau auf Vorschuß der Prozeßkosten im Recht A im rechtspolitischen Zusammenhang des ihm zu entnehmenden Ehegüterrechts, im Recht B aber des ihm zu entnehmenden Rechts der persönlichen Ehewirkungen steht. Ebenso kann es bei den widersprechenden oder nicht harmonisierenden Rechtsfolgen zu Wertungswidersprüchen zwischen mehreren Rechtsordnungen kommen. Das Problem der Anspruchskonkurrenzen will Wengler analog der Konkurrenzregelung im internen Recht bewältigen. So soll bei Differenzen der Betragshöhe bei dem Grunde nach gebilligten Ansprüchen der höhere zugesprochen werden; bei verschiedenen Verjährungsfristen etc. sei immer zugunsten des Anspruchsinhabers zu entscheiden [19]. Bei den Wertungswidersprüchen müsse das Forum selbst verfügen, welche Rechtssatzgruppe vorzugswürdig sei, z.B. aufgrund der besseren Durchsetzbarkeit oder der "größeren 'Gerechtigkeit'". Denkbar sei auch eine Kombination der verschiedenen Lösungen oder eine "freie Gestaltung". Gehört eine der Rechtssatzgruppen der lex fori an, so ist nach Wengler kraft des ordre public der eigenen Regelung der Vorzug zu geben [20].

---

17) Vgl. a.a.O., S. 347.
18) Wengler spricht, soweit ich sehe, als erster von Mehrfachqualifikationen, vgl. a.a.O., S. 346, 362 ff.
19) Vgl. a.a.O., S. 363.
20) Vgl. a.a.O., S. 363 f.

Die Theorie der Qualifikation nach der lex causae, die für das deutsche IPR von Martin Wolff vertreten wurde, geht ebenfalls von einer (ausschließlichen) Qualifikation der Rechtsnormen aus [21]. Im Gegensatz zu dem Ansatz Wenglers wird hier jedoch auch die Definition der Normgruppen dem ausländischen Recht weitgehend überlassen. Für Wolff war dabei entscheidend, daß das ausländische Recht nicht dem Geist dieses Rechts zuwider angewandt werden dürfe. Der deutsche Richter habe sich "einer unbeholfenen eigenen Kennzeichnung auslandsrechtlicher Gebilde" zu enthalten [22]. Jedoch schränkt Wolff diesen Grundsatz stark ein: Die systematische Zuordnung müsse unter Anwendung der "Methoden der eigenen Wissenschaft" erfolgen, an die Einordnung in der ausländischen Wissenschaft oder an die Stellung einer Norm im Gesetz sei man nicht genügend gebunden [23]. Damit kann zumindest eine starke Annäherung an den Ansatz Wenglers festgestellt werden.

Die lex causae-Theorie wird weithin mit dem Argument abgelehnt, sie beruhe auf einer petitio principii, da erst die vollzogene Qualifikation das Wirkungsstatut bestimme [24]. Ebenso wird einer Qualifikation ausschließlich anhand der Sachnormen entgegengehalten, daß - jedenfalls in der Regel - erst die Anwendung des Kollisionsrechts ergeben soll, welche Sachnormen jeweils heranzuziehen sind [25]. Bei diesen Vorwürfen wird jedoch meines Erachtens übersehen, daß mit dem Verzicht auf eine primäre

---

21) Dies hat Selb, AcP 157 (1958/59), S. 341 ff. nachgewiesen. Deutlich wird dies schon durch den von Wolff gewählten Titel des betreffenden Kapitels ("Die Einordnung von Rechtssätzen (Qualifikation)"), IPR, S. 49, und seine Berufung auf Neuner, a.a.O., S. 54.
22) Vgl. Wolff, a.a.O., S. 54.
23) Vgl. a.a.O., S. 56 f.; vgl. hierzu auch Kegel, IPR, S. 139.
24) Vgl. Makarov, FS Dölle II, S. 162; Ferid, IPR, S. 92.
25) Vgl. Makarov, a.a.O., S. 156; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 119.

Qualifikation die Bestimmung eines Wirkungsstatuts oder die "Anwendung des Kollisionsrechts" im Sinne der Bestimmung einer maßgeblichen Kollisionsnorm entfällt.

Die Kritik an diesen Qualifikationstheorien kann nicht allein mit der Normlogik begründet werden, sondern muß den Wandel der Fragestellung des IPR, den sie herbeiführen, aufgreifen. Bei einer Qualifikation nur der Sachnormen wird die Festsetzung von Regelungskompetenzen der verschiedenen Staaten zu einzelnen Regelungsbereichen zur Aufgabe des IPR. Die kollisionsrechtliche Fragestellung wird der Problematik der jeweiligen Regelungskompetenz innerhalb einer gegliederten Legislative gleichgestellt [26]. Dies übersieht aber, daß im Gegensatz hierzu dem IPR harmonisierende Elemente, wie z.B. der Grundsatz der Bundestreue im deutschen Verfassungsrecht oder eine weitgehende gleiche nationale Begriffswelt, fehlen [27]. Der Widerspruch der lex causae-Theorie liegt darüber hinaus darin, daß zwar die lex fori die Qualifikation dem fremden Recht überläßt, ihm aber hierzu nur die Begriffe der lex fori zur Verfügung stellt. Die Qualifikation nach der lex causae muß daher dort scheitern, wo nicht nur einzelne Regelungen einem anderen Systembereich zugeordnet werden, sondern die lex causae eine eigenständige Systematik entwickelt.

Die Folge der gewandelten Fragestellungen sind häufige Wertungswidersprüche aufgrund gleichzeitiger Anknüpfung gleichermaßen einschlägiger Normen [28]. Sie treten bei der lex causae-

---

26) Vgl. Wengler, a.a.O., S. 352 m. FN 11; Hoppe, Die Qualifikation von Rechtssätzen, baut auf dieser technischen Parallele auf, vgl. a.a.O., S. 31, ohne auf die Unterschiede der inhaltlichen Fragestellung einzugehen.

27) Im übrigen geht auch das deutsche Verfassungsrecht bei den Art. 70 ff. GG nicht von der Qualifikation von Rechtssätzen, sondern von einer Aufteilung der Sachbereiche aus, vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Art. 71, Rdnr. 2.

28) Vgl. auch Kegel, IPR, S. 139 f., zur Vermehrung von Normenhäufung und Normenwiderspruch.

Theorie aufgrund divergierender Systematisierungen auf. Beim Ansatz Wenglers sind sie die Folge der Einbeziehungen auch der Normen, die mit dem eigentlichen Regelungsbereich in einem engen rechtspolitischen Zusammenhang stehen.

Im Gegensatz zu Wengler sind hierbei auch die Anspruchskonkurrenzen, die er als unproblematisch ansieht, zu diesen Wertungswidersprüchen hinzuzuzählen. Denn auch in divergierenden Anspruchshöhen, Verjährungsfristen etc. treten spezifische Bewertungen der Interessen von Gläubiger und Schuldner unter Einschluß der relevanten ökonomischen und sozialen Gesichtspunkte zutage. Die Bevorzugung stets der Gläubigerinteressen, wie sie Wengler vorschlägt, beinhaltet eine Wertung, die erst noch zu begründen wäre. Ein Widerspruch nur in der Quantität darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch ein qualitativer Widerspruch vorliegt. Dies kann zudem auch dort auftreten, wo nach inländischem Recht eine echte Anspruchskonkurrenz gegeben ist, wenn das ausländische Recht sie gerade ausschließt [29].

Die Lösung der Widersprüche, wie sie Wengler vorschlägt, entspricht, soweit sich nicht kraft des ordre public das inländische Recht durchsetzen soll, weitgehend einem "better-law-approach" [30].

---

29) Vgl. z.B. Ferid, Das französische Zivilrecht, S. 823 ff., zum umstrittenen Grundsatz du non-cumul des responsabilités des französischen Rechts; vgl. hierzu auch Wolff, IPR, S. 58.

30) Wengler, a.a.O., S. 366, sieht bei der Bestimmung der "größeren Gerechtigkeit" einen starken Einfluß der lex fori, vgl. auch Zweigert, RabelsZ 37 (1973), S. 447; die sich aufgrund der Qualifikationslehre Wenglers ergebenden "alternativen" Anknüpfungen unterscheiden sich wesentlich von den alternativen Anknüpfungen, wie sie Beitzke, FS Ferid, S. 45 ff, erörtert. Bei diesen handelt es sich um vom Kollisionsrecht selbst geschaffene Alternativen, sei es nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip oder zur Einräumung einer Wahlmöglichkeit oder zur Sicherung eines bestimmten materiellen Ergebnisses (Prinzip des schwächeren Rechts), während bei jenem aufgrund von Wertungs- und Systemwidersprüchen eine Wahl getroffen werden muß, ohne daß das Kollisionsrecht selbst Maßstäbe hierfür bietet. Insofern ist Beitzke, a.a.O., S. 60, Recht zu geben, daß die von ihm erörterten alternativen Anknüpfungen nichts mit einem "better-law-approach" gemein haben.

Auf die hierzu geäußerte Kritik kann verwiesen werden.

§ 9

Qualifikationsgegenstand und Qualifikationsverfahren

Der Ausschluß der primären Qualifikation beinhaltet den Verzicht auf Erfassung und Bewertung des konkreten Sachverhalts im Hinblick auf das anwendbare Recht. Doch spätestens bei den Wertungswidersprüchen stellt sich dann doch die Frage nach der "näheren" Rechts- und Sozialordnung, will man nicht auf den meines Erachtens nicht akzeptablen Weg der Wahl eines "gerechteren", "fortschrittlicheren" oder "besseren" Rechts ausweichen. Zur Beantwortung der Frage, welcher Rechts- oder Sozialordnung der Sachverhalt oder bei komplexen Sachverhalten einzelne Teile hiervon zuzuordnen sind, die im Mittelpunkt des Kollisionsrecht stehen muß, ist die Bestimmung der anwendbaren Kollisionsnormen notwendig der erste Schritt.

Dies legt nahe, unmittelbar den Sachverhalt als Qualifikationsgegenstand zu bezeichnen, also die durch ihn vorgegebenen konkreten Elemente den Kollisionsnormen zuzuordnen und eine entsprechende Interpretation der Systembegriffe anzunehmen. Dies entspricht der Ansicht Kegels, der neben Sachnormen und Anknüpfungsmomenten einen materiell-privatrechtlichen Sachverhalt als Tatbestandselement der Kollisionsnorm sieht [31]. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt Rabel, der als Qualifikationsgegenstand ein "Lebensverhältnis" annimmt. Auch er ist der Auffassung, daß die Kollisionsnorm in ihrem Tatbestand aus nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten gewählten Tatsachen bestehe. Diese könnten rechtlich indifferent sein (z.B. Geburt, Aufenthalt, Zeitablauf, tatsächliche Gewalt) oder rechtlich qualifiziert sein oder Rechtsverhältnis sein. Die Kollisionsnorm wolle aber durch

---

31) Vgl. Kegel, IPR, S. 127 ff.; ders., FS Raape, S. 13 ff., 23 ff.

die Verwendung dieser Begriffe immer "ein ganzes Lebensverhältnis" erfassen. Die Benutzung rechtlich vorgeprägter Begriffe sei hierzu lediglich ein technisches Hilfsmittel [32]. Dem wird weithin entgegengehalten, daß das "Lebensverhältnis" rechtlich zu unstrukturiert sei, um für die Zuordnung zu einer Kollisionsnorm ausreichende Anhaltspunkte zu geben. Ein "Lebensverhältnis" wie z.B. die Geburt könne wie jeder tatsächliche Vorgang zu rechtlich unterschiedlichen Fragen und Ansprüchen führen (Rechtsfähigkeit, Ehelichkeit, elterliche Gewalt, Unterhaltspflichten etc.), die keiner einheitlichen Kollisionsnorm unterstellt werden könnten [33]. Bemerkenswert ist dazu auch, daß Kegel bei der Darstellung der kritischen Fallgruppen der Qualifikation auf "Rechtsinhalte" Bezug nimmt, und zwar auch dort, wo in der hier zugrunde gelegten Terminologie eine primäre Qualifikation infrage steht [34]. Wäre die Kollisionsnorm in der Lage, unmittelbar Sachverhalte über ihre tatsächlichen Elemente zu erfassen, dürfte es hierbei auf "Rechtsinhalte" nicht mehr ankommen. Ebenso ist darauf hinzuweisen, daß Rabel eine sekundäre Qualifikation auch deswegen für überflüssig hält, weil mit der Beschränkung der "Rechtsfrage" der Verweisungszweck der Kollisionsnorm bereits berücksichtigt sei. Dies steht aber im Widerspruch zu der Annahme, daß ein "ganzes Lebensverhältnis" qualifiziert und mit der jeweils maßgeblichen Rechtsordnung verknüpft wird.

Die Notwendigkeit, den "Qualifikationsgegenstand" so zu definieren, daß eine rechtliche Charakterisierung bereits hier einfließen kann, ergibt sich aus der besonderen Regelungstechnik der Kollisionsnormen, die ihre Anwendungsbereiche in der Regel durch die sogenannten Systembegriffe festlegen. Diese Begriffe

---

32) Vgl. Rabel, Das Problem der Qualifikation, S. 10 ff.; hierzu auch Kegel, FS Raape, S. 23.
33) Vgl. z.B. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 118 f.; Makarov, FS Dölle II, S. 156 FN 23.
34) Vgl. Kegel, IPR, S. 131 ff.

nehmen offensichtlich nicht unmittelbar auf tatsächliche Konfliktsituationen Bezug, sondern auf deren Regelung und Systematisierung im materiellen Recht.

Dieser Zusammenhang wird aber von den "autonomen" Qualifikationslehren, die die Systembegriffe aus der Verbindung mit dem nationalen Recht lösen wollen, im Ergebnis bestritten. So soll nach Rabel die Interpretation dieser Systembegriffe international-rechtsvergleichend erfolgen und so zu einer "übernationalen Begriffsbildung" führen. Rabel verweist darauf, daß schon die Begriffsbildung des EGBGB nicht auf die entsprechenden Normen des BGB beschränkt sei, sondern durch "Abstraktion" erfolgt sei. Diese Abstraktion müsse jedoch "nach der Methode rechtsvergleichender Wissenschaft" stichhaltig sein. Der Tatbestand der Kollisionsnormen soll sich nicht auf eine Entscheidung der lex fori beziehen, der dann Entscheidungen fremder Rechte gleichzustellen sind, sondern a priori auf das Gemeinsame dieser Rechtsordnung. Gerade auch im Hinblick auf unbekannte oder stark abweichende Regelungen soll die Rechtsvergleichung die Aufgabe übernehmen, ein tertium comparationis als tragfähige Grundlage der Kollisionsnormen zu finden [35].

Dem hat Kegel - meines Erachtens zutreffend - entgegengehalten, daß die Rechtsvergleichung nur eine "quaestio facti" löse, indem sie verwandte Erscheinungen zusammenfasse und Verschiedenes trenne, wobei diese wissenschaftliche Systematisierung aber unter höchst verschiedenen Gesichtspunkten erfolgen könne. Die eigentliche Frage sei aber eine rechtspolitische Frage [36]. Rabels Qualifikationslehre beläßt den nationalen Rechtsfindungsinstanzen nur die Bestimmung des Anknüpfungspunktes. Was angeknüpft wird, ist ihnen durch die rechtsvergleichende Begriffsbildung entzogen. IPR wird so nicht

---

35) Vgl. Rabel, a.a.O., S. 28 f.
36) Vgl. Kegel, IPR, S. 142.

nur in seiner Funktion, sondern auch in seinen Quellen zum internationalen Recht.

Kegel selbst will das IPR nicht von einzelnen, sondern von allen materiellen Rechten lösen. Für die Auslegung der Systembegriffe sollen lediglich die international-privatrechtlichen Interessen, die von den materiell-privatrechtlichen verschieden sind, bestimmend sein, da nur sie über Sinn und Zweck der Kollisionsnormen Auskunft geben können [37]. Allerdings schränkt Rabel die Reichweite dieser "international-privatrechtlichen Qualifikation" ein, da es seines Erachtens keine "allgemeine Lösung" des Qualifikationsproblems gibt, eine Qualifikationstheorie nur zu einer "richtigen" Fragestellung führen könne. Nur als Faustregel läßt er gelten, daß die Kollisionsnorm des deutschen IPR mit ihrem Systembegriff bei Verweis auf deutsches Recht die Sachnormen erfaßt, die vom deutschen Recht darunter zusammengefaßt sind, bei Verweis auf ausländisches Recht die Normengruppe, die mit der entsprechenden deutschen im Kern identisch ist [38].

Auch diese Qualifikationstheorie vermag nicht nur einer grundsätzlichen IPR-Kritik, sondern auch einer systemimmanenten Analyse nicht Stand zu halten. Unbestritten sind die Systembegriffe des IPR dem materiellen Recht und seiner Systematisierung entnommen [39]. Daher kann eine Interpretation dieser Begriffe den Informationsgehalt, der hiermit begrifflich zusammengefaßt wird, nicht völlig vernachlässigen. Die sogenannten international-privatrechtlichen Interessen sind ergebnisorientierte Gesichtspunkte, sie zielen auf den jeweiligen Anknüpfungspunkt. Ausschließlich auf sie abzustellen hieße -

---

37) Vgl. Kegel, IPR, S. 142.
38) Vgl. a.a.O., S. 145 f.
39) Vgl. nur Kegel, IPR, S. 150; Makarov, FS Dölle II, S. 159 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 127.

abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken - den von der Kollisionsnorm benutzten Begriffen jede Bedeutung abzusprechen.

Zweifellos sind die Systembegriffe der Kollisionsnormen nicht in dem Sinne dem materiellen Recht entlehnt, daß sie dort eine exakte Definition erfahren haben, die auch für das IPR zwingend ist [40]. Die Inbezugnahme des materiellen Rechts ignorieren hieße jedoch, wesentliche Teile der Kollisionsnorm selbst außer acht zu lassen. Auch Kegel selbst geht diesen Weg bei der Diskussion konkreter Qualifikationsprobleme nicht, auch er bezieht die Bedeutung des Systembegriffs im Hinblick auf das materielle Recht mit ein, z.B. wenn er die Zuordnung der Verjährung zum Vertragsstatut u.a. damit begründet, daß sie aus unserer Sicht "einen Normalfall der Anspruchsbeendigung darstellt" [41]. Damit soll nicht die Relevanz weiterer, auch internationaler Gesichtspunkte bestritten werden, die zu einer vom System des materiellen Rechts abweichenden Zuordnung führen können. Jedoch belegt die Analyse, daß auch vom inneren Aufbau der Kollisionsnormen her Struktur und Inhalt des materiellen Rechts notwendig bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung mitberücksichtigt werden müssen.

Auf diesen Zusammenhang stellt die Theorie von der Qualifikation nach der lex fori ab, die schon von Kahn, zusammen mit Bartin, Entdecker der Qualifikationsproblematik, vertreten wurde [42].

---

40) Vgl. Wengler, FS Wolff, S. 352 ff.
41) In IPR, S. 143.
42) Vgl. Abh. I, S. 1 ff. Wesentliches Argument Kahns ist die Staatlichkeit des IPR, vgl. a.a.O., S. 111. Der lex fori-Theorie folgt auch der größte Teil der Rechtsprechung, vgl. nur RGZ 145, 121 (130); BGH NJW 60, 1720; OLG Düsseldorf NJW 61, 1583. Ausnahme RG/IPRspr. 1932, Nr. 6 (lex causae bei erbrechtlicher Qualifikation). Weitere Nachweise bei Makarov, FS Dölle II, S. 172 ff. Aus der Lehre vgl. auch Zitelmann, IPR I, S. 211 f.

Als Qualifikationsgegenstand hat Kahn mit Berufung auf Savigny das "konkrete Rechtsverhältnis" als "Brennpunkt" des subjektiven Rechts und "die in einen höheren Aggregatzustand getretenen Rechtsregeln" vorgeschlagen [43]. Dem ist das Argument des Zirkelschlusses entgegengehalten worden: Ob und was für ein Rechtsverhältnis besteht, könne erst das durch die Kollisionsnorm bestimmte Recht sagen [44]. Jedoch entstand für Kahn als konsequenten Vertreter der lex fori-Theorie bei Rechtsverhältnissen, die dem Forum unbekannt sind und sich auch nicht rechtsvergleichend erschließen lassen, wie schon für Savigny ein Vakuum, das das Kollisionsrecht nicht ausfüllen kann [45]. Für die Qualifikation reicht daher aus, daß aus der Sicht des Forums dieses oder jenes Rechtsverhältnis infrage steht, unbeschadet der Charakterisierung des ausländischen Rechts und seiner Bestimmungen über Voraussetzungen und Wirkungen. Jedoch wird diese Definition des Qualifikationsgegenstandes der Spezialisierung einzelner Kollisionsnormen nicht gerecht, die nur einzelne Aspekte des Rechtsverhältnisses aufgreifen und anknüpfen. So kann die Frage nach der Form nicht als (eigenes) Rechtsverhältnis bezeichnet werden, ohne Zweifel unterliegt aber auch Art. 11 des EGBGB der Qualifikation.

Ein Teil der Lehre folgt Zitelmann, der als Gegenstand der Anknüpfung die "Rechtsfrage" genannt hat. Nach ihm ist jede "Anwendungsnorm" nur auf eine materiell-rechtliche Frage bestimmter Art berechnet. Zitelmann hat hierfür eine dreiteilige Typisierung vorgeschlagen, die Frage nach den Voraussetzungen bestimmter Rechtswirkungen, nach den Rechtswirkungen be-

---

43) a.a.O., S. 92 ff.

44) Vgl. Rabel, Das Problem der Qualifikation, S. 10 f.; Kegel, IPR, S. 129.

45) Vgl. zu diesen sog. "inkommensurablen Rechtsverhältnissen" Kahn; Abh. I, S. 114 ff.; gemildert mit dem Hinweis auf die Möglichkeiten der Rechtsvergleichung, a.a.O., S. 311 f. Vgl. auch Savigny, System VIII, S. 33, 37 f., dort als Teil der Vorbehaltsklausel.

stimmter rechtserheblicher Tatsachen oder nach Voraussetzung und Rechtswirkungen zugleich [46]. Diesem Ansatz folgen z.B. Neuhaus und Makarov, beide sehen eine notwendige Ausnahme jedoch dort, wo das Kollisionsrecht nicht vom Sachverhalt, sondern von den Sachnormen her die Anwendungsfrage entscheidet, insbesondere also bei den sogenannten Eingriffsnormen. Hier sollen Anknüpfungsgegenstand entsprechend dem Vorschlag Wenglers die jeweiligen Sachnormen sein [47].

Für die Zuordnung der jeweiligen Rechtsfragen zu den Kollisionsnormen ist für die lex fori-Theorie die Systematik und Begrifflichkeit des inländischen materiellen Rechts die Grundlage. Begründet wird dies mit der Staatlichkeit des IPR, seinem nationalen Charakter und der Annahme, daß bei der Übernahme der Systembegriffe in das Kollisionsrecht auch deren Sinngehalt mit übernommen wird. Eine besondere Ausprägung der Qualifikation lex fori bedeuten die Ansätze von Raape und Dölle. Raape fächert die Qualifikationsfrage in drei Einzelfragen auf:

1. Welcher Art ist die von der deutschen Kollisionsnorm berufene Sachnorm?

2. Welcher Art ist die von dem ausländischen Recht, das von der inländischen Kollisionsnorm berufen ist, bereitgestellte Sachnorm?

3. Ist die gegebene ausländische Sachnorm unter den von der inländischen Norm gebrauchten Begriff zu bringen?

Für die erste und dritte Frage soll das Recht des Forums entscheidend sein, nur die zweite Frage muß aus der lex causae

---

46) Zitelmann, IPR I, S. 205, 207 ff.
47) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 119 f., 121 f.; Makarov, FS Dölle II, S. 158.

heraus beantwortet werden [48]. Ähnlich sieht Dölle in der Qualifikationsproblematik zwei Fragestellungen, nämlich nach dem Verständnis des betreffenden Rechtsverhältnisses im Sinn der Kollisionsnorm im Unterschied zu anderen Einordnungsbegriffen des eigenen Kollisionsrechts und die Frage nach der Art des konkreten Rechtsverhältnisses, also ob es dem zuvor festgelegten Verständnis entspricht. Auch hier sei die erste Frage durch das Forum zu entscheiden, während man die Art des konkreten Rechtsverhältnisses der lex causae entnehmen soll [49].

Ein gemischtes System aus Qualifikation nach der lex fori und der lex causae vertritt Gamillscheg [50]. Sein Qualifikationsmodell sieht dabei drei Gruppen vor:

1. Die Qualifikation lege fori soll dort (ausschließlich) eingreifen, wo ein vom inländischen Recht verfolgtes rechtspolitisches Ziel erreicht werden soll (z.B. Verlöbnis, Anspruch aus Ehestörung).

2. In einer weiteren Fallgruppe, die Gamillscheg nicht weiter definiert, soll die Qualifikation - vermutlich aufgrund des engen Regelungszusammenhangs in der lex causae - ausschließlich nach der lex causae erfolgen (z.B. Unterhalt zwischen Ehegatten, Prozeßkostenvorschuß für die Ehefrau, Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten).

3. Im übrigen soll eine Qualifikation nach beiden Rechtsordnungen erfolgen, in Qualifikationskonflikten soll nach einigen Leitsätzen - z.B. "Sache geht vor Form", "Sache

---

48) Vgl. Raape, IPR, S. 108 f.
49) Vgl. Dölle, in: Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, S. 70 f.; ders., RabelsZ 16 (1951), S. 368 f.
50) Vgl. Gamillscheg, FS Michaelis, S. 79 ff.; Staudinger-Gamillscheg, vor Art. 13, Rdnr. 294 ff.

geht vor Verfahren", "Güterrecht geht vor Erbrecht" - einer der beteiligten Rechtsordnungen der Vorrang eingeräumt werden.

Gegen dieses Qualifikationsmodell müssen dieselben Einwände wie gegen die lex causae-Theorie erhoben werden, denn auch hier wäre mit einer Qualifikation nach der lex causae, wie sie in der 2. Fallgruppe immer und in der letzten möglicherweise eingreift, das Urteil über die sachgerechte Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung überlassen. Daran ändern auch die Leitsätze zur Auflösung von Qualifikationskonflikten nichts [51]. Die Qualifikation als Formfrage, güterrechtliche oder erbrechtliche Frage etc. ist primär keine begriffliche Frage, sondern enthält das Urteil der inländischen Rechtsordnung über die zur Regelung berufene Rechtsordnung. Daher ist m.E. nicht einzusehen, daß z.B. die durch das inländische Kollisionsrecht als sachgerecht angesehene Anknüpfung der Vermögensverteilung nach Tod eines Ehegatten an das Erbstatut durch die kollisionsrechtliche Beurteilung und Qualifikation einer anderen Rechtsordnung verdrängt werden soll.

Ebenfalls als besondere Ausformung der lex fori-Theorie muß die sogenannte funktionelle Qualifikation verstanden werden, die Neuhaus und ihm folgend Makarov der rechtskonstruktiven Qualifikation gegenübergestellt haben. Dabei soll "die Funktion der einzelnen Institute im Rechtsleben" ausschlaggebend sein, so soll z.B. nach Neuhaus das Heimfallrecht des Fiskus, dessen Funktion in der Ordnung des Nachlasses liegt, dem Erbrecht zugeordnet werden, oder die vermögensrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten, deren Zweck unabhängig von der konstruktiven Bewältigung im Güterrecht oder im Erbrecht in der

---

51) Die von Gamillscheg vorgeschlagenen Leitsätze sind zudem z.T. sehr umstritten; vgl. z.B. zur Form Neuhaus, Grundbegriffe, S. 149; zu Vermögensverteilung nach Tod eines Ehegatten, ders., a.a.O., S. 131.

Abfindung und Versorgung des Überlebenden besteht, erbrechtlich qualifiziert werden [52]. Im Grundsatz findet sich dieser Gedanke schon bei Kahn, der ebenfalls betonte, daß nicht die technische Konstruktion, sondern die Funktion entscheidend sein müsse [53].

Mit einer Qualifikation lege fori, insbesondere der funktionellen Qualifikation, wird ein enger Zusammenhang zwischen Kollisionsrecht und materiellem Recht hergestellt. Funktionelle Qualifikation bedeutet im Ergebnis, daß Sinn und Zweck der materiellen Regelungen wesentliche Gesichtspunkte für die Wahl der Kollisionsnormen und damit die Anknüpfung sind [54].

Erfolgt diese Beurteilung auf der Basis des inländischen Rechts, ist also die materielle Bewertung der jeweiligen Konfliktsituation ein mitentscheidendes Moment für die Bestimmung des anwendbaren Rechts. Die Struktur der Kollisionsnormen hindert also die Einbeziehung der materiell-rechtlichen Gesichtspunkte nicht, vielmehr erzwingt sie gerade auch deren Berücksichtigung. Jedoch bleiben auch bei einer funktionellen Qualifikation mit dem Anknüpfungsgegenstand "Rechtsfrage" Zweifel.

Einerseits wird zwischen primärer und sekundärer Qualifikation nicht unterschieden. So wird zum Teil auf die Fragestellung des im Rahmen einer gegebenen Kollisionsnorm anwendbaren fremden Rechts abgestellt, also auf den Bereich der sekundären Quali-

---

52) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 129 f.; Makarov, FS Dölle II, S. 166; zu der kollisionsrechtlichen Abgrenzung zwischen Ehegüterrecht und Erbrecht, insbesondere zu § 1931 IV, vgl. zuletzt Jayme, FS Ferid, S. 221 ff., der nicht nur den Einfluß der Sachnormen auf Qualifikationsfragen aufzeigt, sondern auch deutlich macht, daß primäre und sekundäre Qualifikation eine - ggf. sogar rechtsvergleichend zu erfolgende - Auslegung des materiellen Rechts bei seiner Anwendung nicht notwendig überflüssig macht.

53) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 99.

54) Vgl. die Beispiele bei Neuhaus, Grundbegriffe, S. 130 f.

fikation, zum Teil aber auf die Wahl der Kollisionsnorm, insbesondere bei einem Sachverhalt, der auf unbekannte Rechtsinhalte Bezug nimmt, also auf den Bereich der primären Qualifikation [55]. Fraglich erscheint aber auch die Festlegung des Anknüpfungsgegenstandes als "Rechtsfrage". So zeigt z.B. die Konkurrenz vertraglicher und deliktischer Schadensersatzansprüche, daß die Frage nach den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nicht ausreicht, hier muß über diese Typisierung hinausgegangen werden. Widersprüchlich erscheint, daß die "Rechtsfrage", nach Neuhaus "gewissermaßen ein Spiegelbild" der Sachnormen [56], gerade bei der kollisionsrechtlichen Fragestellung vom Sachverhalt her Anknüpfungsgegenstand sein soll. Zweifelhaft erscheint auch, daß eine Kollisionsnorm vom Typ "für wirtschaftspolitische Leistungsverbote gilt das Recht des Ortes einer Erfüllungshandlung" von diesem Qualifikationsverfahren ausgeschlossen werden soll [57].

§ 10

Qualifikation und funktionale Rechtsvergleichung

Ziel der Anwendung der Kollisionsnorm ist die Verknüpfung des Sachverhalts oder eines Teils hiervon mit Sachnormen des in-

---

55) Vgl. auch hier Neuhaus, a.a.O., S. 130, Schadensersatzpflichten für Prozeßhandlungen einerseits - Heimfallrecht des Fiskus andererseits. Vgl. auch S. 132 a.E., Qualifikation von "Rechtsfolgen"; vgl. ferner Kegel, IPR, S. 130 f.: 1. Fallgruppe sekundäre Qualifikation, 2 u. 3 Fallgruppe primäre Qualifikation.

56) Neuhaus, Grundbegriffe, S. 119.

57) Warum sollte eine derartige Regelung anders qualifiziert werden als z.B. Art. 11 EG? Das Beispiel bei Neuhaus, Grundbegriffe, S. 122, gleichlautend bei Makarov, FS Dölle II, S. 158, überzeugt nicht, denn entsprechend müßte Art. 11 EG umformuliert werden in: "Für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts kann statt des Geschäftsstatuts auch das Recht des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird", gelten.

und ausländischen Rechts [58]. Die Systembegriffe der Kollisionsnormen bezeichnen dabei sowohl den Typus des Sachverhalts als auch den der Sachnormen, die sie miteinander verknüpft [59]. Die Ermittlung des durch die einzelnen Kollisionsnormen jeweils erfaßten Anknüpfungsgegenstandes - Sachverhalt einerseits, Sachnormen andererseits - muß dementsprechend getrennt werden [60]. Da die Systembegriffe dem inländischen materiellen Recht entnommen sind, muß ihre Interpretation diese Bezugnahme berücksichtigen. Dies ist nicht der einzige Gesichtspunkt, ebenso wie bei verwandten Problemen z.B. im Steuerrecht, treten eigenständige kollisionsrechtliche Gesichtspunkte hinzu, aber er kann nicht vernachlässigt werden [61].

---

58) Die Frage der Rückverweisung, also der Einbeziehung auch der Kollisionsnormen des ausländischen Rechts, kann hier ausgeklammert werden, ebenso wie der Theorienstreit, wie das ausländische Recht "gilt" (Inkorporationstheorie, Rezeptionstheorie etc.).

59) Kegel, IPR, S. 130, spricht von "Gattung" bzw. in FS Raape, S. 28, von "Sachverhaltsrahmen" und "Sachnormenrahmen".

60) Dieses Modell lehnt sich an einige in der englischen Litertur erörterte Qualifikationsmodelle an, vgl. North, Cheshire's Private International Law, S. 42 ff. (Wahl der Kollisionsnormen = primäre Qualifikation): "What is meant by the 'classification of the cause of action' is the allocation of the question raised by the factual situation before the court to its correct legal category, and its object is to reveal the relevant rule for the choice of law." und S. 47: "It may become necessary to identify the department of law under which some particular legal rule falls in order to ascertain whether it falls within the department with regard to which the lex causae is paramount." Vgl. auch Dicey-Morris, The Conflict of Laws, S. 30 m.w.N.

61) Eine detaillierte Analyse der relevanten Gesichtspunkte ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, angesichts des beschränkten Fallmaterials, in dem expressis verbis auf Qualifikationsprobleme eingegangen wird, und der meist unvollständigen Sachverhaltswiedergabe müßte sie umfassend rechtsvergleichend ansetzen. Als Hypothese können jedoch die von Kegel sog. international-privatrechtlichen Interessen als weitere spezifische kollisionsrechtliche Gesichtspunkte angenommen werden.

Sowohl die Zuordnung des Sachverhalts als auch die der Sachnormen erfordern also einen Vergleich mit dem materiellen Recht. Deutlich wird dies insbesondere bei der Zuordnung der Sachnorm eines ausländischen Rechts mit abweichender Systematisierung. Dieser Vergleich kann sich jedoch nicht an einer institutionellen Rechtsvergleichung orientieren, sondern muß die jeweilige Funktion der rechtstechnischen, konstruktiven Bewältigung regelungsbedürftiger Situationen zum Ausgangspunkt nehmen [62].

Es liegt daher nahe, die Termini der funktionalen Rechtsvergleichung auf die Qualifikation zu verwenden. Daher erscheint es geboten, den Qualifikationsgegenstand der primären Qualifikation als "Ordnungssituation" in Anlehnung an den Begriff der "Ordnungsaufgabe" der funktionalen Rechtsvergleichung zu bezeichnen [63].

Der rechtlich ungeformte Sachverhalt wird in Ordnungssituationen strukturiert, und zwar in erster Linie analog den Ordnungsaufgaben, wie sie vom materiellen Recht des Forums vorgezeichnet werden. Dies erfolgt nicht nur, weil die Systembegriffe der Kollisionsnormen auf dieses Recht Bezug nehmen, sondern weil eine Aufgabe des IPR auch die sachgerechte Abgrenzung der eigenen Rechts- und Sozialordnung ist. Die Interpretation der Systembegriffe ergibt, welche Ordnungsaufgabe und damit Ordnungssituation ihnen zuzuordnen sind. Die Systematik des materiellen Rechts ist hierfür ein Anhaltspunkt, entscheidend muß aber neben den "internationalen" Gesichtspunkten die Funktion der jeweiligen Regelung sein, d.h. auch

---

62) Dieses Modell soll also nur eine Modifikation der funktionalen Qualifikation i.S.v. Neuhaus sein. Zur Notwendigkeit einer an der jeweiligen Funktion ausgerichteten Rechtsvergleichung und zur Bedeutung für die Qualifikation vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 28 f., 297 f., 339 ff.

63) Vgl. Rothoeft, System der Irrtumslehre, S. 3; Esser, a.a.O., S. 347.

eine Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten im Güterrecht kann eine erbrechtliche Funktion übernehmen und ist dementsprechend der erbrechtlichen Kollisionsnorm zuzuordnen [64].

Nimmt der vorgetragene Sachverhalt von vornherein auf ausländisches Recht dergestalt Bezug, daß eine Strukturierung analog der inländischen Ordnungsaufgaben nicht ohne weiteres möglich erscheint, muß bereits auf dieser Stufe eine funktionale Rechtsvergleichung mit dem inländischen Recht einsetzen. Wesentlich erleichtert wird dies im geltenden Kollisionsrecht durch die Breite der Kollisionsnormen, die in der Regel nicht einzelne Ordnungsaufgaben, sondern ganze Ordnungsbereiche zusammenfassen. Dies ermöglicht auch, dem inländischen Recht unbekannte Ordnungsaufgaben und Situationen zuzuordnen, da ein Vergleich mit den von den infrage kommenden Kollisionsnormen jeweils erfaßten Ordnungsaufgaben zumindest eine Zuordnung zu einem Ordnungsbereich gestattet [65]. Damit erfahren die Systembegriffe eine Erweiterung über die lex fori hinaus [66].

Im Rahmen der sekundären Qualifikation sind die Sachnormen des ausländischen Rechts heranzuziehen, die dort die jeweils angeknüpfte Ordnungssituation regeln, also die entsprechende Ordnungsaufgabe bewältigen. Auch hier muß eine an der Funktion orientierte Vergleichung einsetzen, der die Systematik des fremden Rechts als erster vorläufiger Anhaltspunkt dienen kann, die jedoch letztlich weder eine Systematik des materiellen Rechts,

---

64) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 129 f.

65) Vgl. z.B. zu dem Problem des Vaterschaftsanerkenntnisses des Islam, Wengler, JR 1973, S. 488 f., der diesen Weg einschlägt.

66) Zugleich liegt darin zwischen soziologisch vergleichbaren Rechtsgemeinschaften die Chance einer übernationalen Begriffsbildung, vgl. Rothoeft, a.a.O., S. 3 f.; Esser, a.a.O., S. 399 ff. Dies kann aber m.E. nicht der Ausgangspunkt des nationalen Kollisionsrechts sein.

noch die Differenzierung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht oder Privatrecht und öffentlichem Recht als Beschränkung gelten lassen kann [67]. Selbstverständlich müssen hierbei alle relevanten Normen des ausländischen Rechts, also auch die, die "im rechtspolitischen Zusammenhang" stehen, einbezogen werden.

Ein derart am Zweck der Kollisionsnormen und am materiellen Recht ausgerichtetes Qualifikationsmodell wahrt den Bezug der Anknüpfung zum Sachverhalt, der bei "Rechtsverhältnis" oder "Rechtsfrage" als Qualifikationsgegenstand verlorengegangen ist und ermöglicht zugleich eine hinreichende rechtliche Charakterisierung, wie sie die Zuordnung zu den Systembegriffen erfordert. Ebenso kann dem unterschiedlichen Spezialisierungsgrad der Kollisionsnormen Rechnung getragen werden. Insbesondere erübrigt sich ein gesondertes Qualifikationsverfahren für die sogenannten Eingriffsnormen, da auch mit ihnen spezifische Ordnungsaufgaben des materiellen Rechts vorgezeichnet sind.

Auch dieses Qualifikationsmodell geht von der Grundlage aus, daß die Wahl der Kollisionsnormen als Problem der Interpretation der vorhandenen Kollisionsnormen aufgefaßt wird. Dabei werden keine spezifischen Aufgaben des Kollisionsrechts angenommen, die für Vertreter des konventionellen IPR nicht konsensfähig wären, ebenso ist der hier verwendete Ansatz der Rechtsvergleichung im Grundsatz allgemein akzeptiert. Entgegen der Meinung vieler Vertreter des konventionellen IPR, aber auch einiger seiner Kritiker, wird jedoch deutlich, daß die Berücksichtigung von der Funktion des materiellen Rechts, von Sinn und Zweck der Sachnormen bei den herkömmlichen Kollisionsnormen und ihrer Regelungstechnik möglich, ja geboten ist. Durch die Wahl des materiellen Rechts des Forums als primärer Ansatzpunkt für die Strukturierung des Sachverhalts kann im

---

67) Vgl. auch Rabel, Das Problem der Qualifikation, S. 59 f.

Grundsatz mit dieser Regelungstechnik auch eine sachgerechte Abgrenzung der eigenen Rechts- und Sozialordnung erreicht werden, ohne daß a priori von der Verwendung "kollisionsrechtlicher Tricks" gesprochen werden kann. Darüber hinaus wird deutlich, daß schon die Wahl der anzuwendenden Kollisionsnormen und der angeknüpften Sachnormen nicht als syllogistischer Subsumtionsschluß aufgefaßt werden kann, sondern eine Bewertung unter Heranziehung einer Vielzahl verschiedener Gesichtspunkte erfordert.

Die Kritik am konventionellen IPR muß sich daher nicht auf seine Regelungstechnik, sondern auf seine ungenügenden Differenzierungen konzentrieren. Das Ideal der internationalen Entscheidungsharmonie und die angestrebte Lösung vom materiellen Recht haben zu dem Versuch geführt, das Kollisionsrecht mit möglichst wenigen, breiten Kollisionsnormen zu erfassen.

Noch für Kahn wohnte den Kollisionsnormen "etwas Subsidiäres und Relatives" inne: Sie sollten der Ausbildung spezieller Kollisionsnormen nicht im Wege stehen und einer weitgehend restriktiven Interpretation unterworfen werden [68]. Die Entwicklung ist darüber hinweggegangen.

Die ohnehin weiten, "farblosen" [69] Begriffe der Kollisionsnormen werden einerseits möglichst extensiv interpretiert, um keinerlei Qualifikationslücken entstehen zu lassen. So ist das gesamte Eherecht gesetzlich nur mit den Differenzierungen des Eheanbahnungsstadiums (Art. 13 EGBGB), der persönlichen Ehewirkungen (Art. 15, 16) und der Ehescheidung (Art. 17) erschlossen. Diesen geringen Differenzierungsgrad vervollkommnet das konventionelle IPR noch dadurch, daß es z.B. dem Ehescheidungsstatut alle Eheauflösungsarten ex nunc und auch alle

---

68) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 252.
69) So Neuhaus, Grundbegriffe, S. 120.

Scheidungsfolgen, soweit nicht Art. 15, 16 EGBGB oder hinsichtlich der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder Art. 19 EGBG eingreifen, zuordnet [70]. Selbst bei grundlegender Änderung des materiellen Rechts, wie z.B. der Reform des nichtehelichen Rechts, wird die Aufgabe des Kollisionsrechts nur darin gesehen, die "richtige" der vorhandenen Kollisionsnormen zu finden, z.B. für die Vaterschaftsfeststellung entweder Art. 19 oder als "unselbständige Vorfrage" das Unterhaltsstatut [71].

Andererseits werden die Kollisionsnormen gegeneinander möglichst eindeutig abgegrenzt. Dabei kann kein Zweifel bestehen, daß Systembegriffe so gewählt werden können, daß mehrere Kollisionsnormen zugleich ein- und dieselbe Ordnungssituation erfassen. Je breiter und farbloser die Kollisionsnormen gefaßt sind, umso wahrscheinlicher werden derartige Mehrfachqualifikationen. Hiervon ist der Fall der sekundären Mehrfachqualifikation zu unterscheiden. Da Sachnormen polyfunktional sein können, d.h. in verschiedenen Ordnungsaufgaben und -bereichen zugleich Regelungsaufgaben haben können, ist ihre Anknüpfung durch verschiedene Kollisionsnormen ohne weiteres möglich. Eine echte primäre Doppelqualifikation lag aber der Entscheidung des BGH zur Namensführung der Ehefrau zugrunde, der zugleich eine Frage des Persönlichkeitsrechts mit Anknüpfung an das (neugefaßte) Ehewirkungsstatut annahm und durch ein Wahlrecht der Ehefrau kollisionsrechtlich auflöste [72]. Dieser Weg zur

---

70) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 17, Rdnrn. 99 ff., m.w.N.; die jüngste Entwicklung zeigt jedoch eine deutliche Tendenz zu größeren Differenzierungen, so z.B. bei der Frage der Namensführung der Ehefrau, bei der zwar noch über das "wie", jedoch kaum noch über das "ob" einer gesonderten Anknüpfung gestritten wird; ebenso finden sich Differenzierungstendenzen, z.B. bei A. Lüderitz, FS Kegel, S. 31 ff., wenn auch die Differenzierung nach Statusbegründung und Statuswirkungen als zu formal erscheint.

71) Vgl. dazu zuletzt Wilde, Die Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Vater aus kollisionsrechtlicher Sicht.

72) Vgl. BGHZ 56, 193; BGHZ 63, 107; wie der BGH BayObLG IPRspr. 1972 Nr. 48; OLG Hamburg IPRspr. 1972 Nr. 49 c; OLG Karlsruhe FamRZ 1975, 695.

Differenzierung des Kollisionsrechts dürfte jedoch nur selten möglich sein, das genannte Problem ist bislang auch die einzige Doppelqualifikation geblieben. Auch sie ist auf Kritik aus der Lehre gestoßen, so betont Sturm, daß eine (eindeutige) Entscheidung über die Zuordnung im Einzelfall getroffen werden müsse, eine eindeutige Abgrenzung also durchgeführt werden muß [73].

Insgesamt kann also festgehalten werden, daß das konventionelle IPR die Kritik Neuners an der Qualifikation als "Kind der Begriffsjurisprudenz" und an der Auffassung, die kollisionsrechtlichen Probleme ließen sich durch eindeutige Definition der wenigen Begriffe lösen, nicht aufgenommen hat [74]. Mit nur wenigen Ausnahmen stellt sich das IPR als geschlossenes System dar, das trotz der Lückenhaftigkeit der Regelungen des EGBGB und der Farblosigkeit seiner Begriffe zur Differenzierung des IPR de lege data durch restriktive Interpretation und entsprechende Lückenbildung oder durch Rechtsfortbildung wegen der bereits vollzogenen Ausdehnung der Systembegriffe nicht mehr in der Lage ist. Die Qualifikation ist auf eine reine Auswahlfrage zwischen den vorhandenen Kollisionsnormen verkürzt.

Notwendig stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit andere Institute des IPR die Aufgabe der sachgerechten Differenzierung übernommen haben und übernehmen können. Neben dem ordre public stellt eine neuere Entwicklung des IPR hierfür vor allem die sogenannte Lehre von der Sonderanknüpfung in den Vordergrund.

---

73) Vgl. Raape-Sturm, IPR, S. 267, 280 f.; vgl. auch Kegel, IPR, S. 363 ("weitab vom Gesetz"); Ferid, IPR, S. 117 ff.; A. Lüderitz, FS Kegel, S. 31 ff., 37 ("methodisch in vielem mißlungen").

74) Neuner, Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm, S. 131 f.

4. Kapitel

Zu den Lehren von den Sonderanknüpfungen

§ 11

Grundlagen und Entwicklung

Die untereinander sehr unterschiedlichen Lehren der Sonderanknüpfungen zielen alle auf eine Durchbrechung der "regulären" Anknüpfungen durch die generellen Kollisionsnormen, führen also im Ergebnis zu speziellen Kollisionsnormen. Diesen Kollisionsnormen wird zum Teil eine von der gewöhnlichen Rechtswahl unterschiedliche Regelungstechnik zugeschrieben. Wie schon erwähnt, sieht ein Teil der Lehre hier - ausnahmsweise - Sachnormen als Qualifikationsgegenstand an [1]. Andere verzichten auf die Bestimmungen eines Anknüpfungspunktes für einzelne Probleme, sie legen nur Grenzen fest, bis zu denen äußerstenfalls ein ausländisches Recht seine Anwendung soll erstrecken dürfen [2]. Schließlich wird auch ein völliger Verzicht auf Kollisions- oder Grenznormen vorgeschlagen, nur der ordre public soll eine übermäßige Ausdehnung des Anwendungsbereichs ausländischer Rechtsordnungen abwehren [3].

Damit beinhalten diese Lehren zugleich einen besonderen Weg zur "Entdeckung" und Formulierung dieser Festlegung von speziellen Rechtsanwendungsbereichen. Hier und nach Meinung einiger Autoren nur hier sollen Sinn und Zweck der Sachnormen unmit-

---

1) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 121 f.; Makarov, FS Dölle II, S. 158; vgl. auch Wengler, Rec. des Cours 104 (1961 III), S. 349.
2) Vgl. Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, S. 118 ff.
3) Vgl. v. Hoffmann, RabelsZ 38 (1974), S. 326 ff., 413.

telbar Auskunft über ihren jeweiligen Anwendungsbereich geben [4]. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war die Überlegung, daß neben der lex causae auch ein anderes ausländisches Recht für solche Regelungsfragen zur Anwendung kommen müsse, in denen bei Vorliegen eines entsprechenden Anknüpfungsmoments sich auch inländisches Recht - wenn auch nur kraft des ordre public - gegen die lex causae durchsetzen würde [5]. Zunehmend im Vordergrund steht aber inzwischen die spezielle Anknüpfung des inländischen Rechts. Vor allem von Neumayer und Roth wird vertreten, daß alle speziellen Anknüpfungen streng vom ordre public zu unterscheiden seien [6]. Vielfach taucht hierbei der Begriff der "versteckten" Kollisionsnormen auf, die dem materiellen Recht durch Interpretation zu entnehmen seien [7]. Deswegen sollen im folgenden auch andere Formen der "versteckten" kollisionsrechtlichen Regelung einbezogen werden, nämlich die von Kegel sogenannte "selbstgerechte Sachnorm" und die "versteckt einseitig negative Kollisionsnorm" [8].

Die Vorstellung "versteckter" Kollisionsnormen, die es nur zu "finden gilt", legt die Vermutung nahe, daß hier der Versuch unternommen wird, der dogmatischen Enge der regulären Kollisionsnormen zu entgehen, indem man eine aufgrund einer Vielzahl von Gesichtspunkten als sachgerecht erscheinende Anknüpfung als Interpretation der Normen des materiellen Rechts ausgibt. Einerseits gewinnt man damit von der positivistischen Grundlage aus die Legitimation zur Durchbrechung der regulären

---

4) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 32 f.; Neumayer, FS Dölle II, S. 179 ff.; Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 27 f.
5) Vgl. Wengler, ZfvglRW 54 (1941), S. 168 ff., 173 f., 181 f.
6) Vgl. a.a.O., FN 4.
7) Vgl. Roth, a.a.O., S. 26 ff.; Neumayer, FS Dölle II, S. 189 ff.
8) Vgl. Kegel, Gedächtnisschrift Ehrenzweig, S. 51 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 102, 138.

Kollisionsnorm. Andererseits bleibt das übrige kollisionsrechtliche System hiervon unberührt, die Gliederung in Rechtswahl, Rechtsanwendung und Kontrolle der Rechtsanwendung durch ordre public und die Vorstellung von der Unabhängigkeit vom materiellen Recht kann beibehalten werden, denn nur die spezielle, im Gesetz - wenn auch "versteckt" - vorhandene Anordnung "zwingt" zur Durchbrechung der "regulären" Kollisionsnormen [9].

Die gesonderte Anknüpfung einzelner, in einem Gesamtzusammenhang stehender Ordnungssituationen, nach anderer Terminologie sogenannter Teilfragen, ist nicht unwidersprochen geblieben [10]. Dabei ist allerdings schon die Definition der Teilfrage ungeklärt. So definiert Serick sie als "a) unselbständige innere oder wesentliche Glieder einer Rechtsfigur, die dem Rechtsinstitut ihren Stempel aufprägen und b) selbständige zwingende, meist für mehrere Institute gemeinsame äußere und daher abstrakt formulierte Normen, die zu dem Rechtsinstitut in genügend enger Beziehung stehen" [11]. Neuhaus faßt den Begriff der Teilfrage wesentlich weiter, so soll als Teilfrage schon die Isolierung einzelner Institute aus einem Rechtsbereich, z.B. die Unterhaltspflicht aus den familienrechtlichen Beziehungen, oder eines spezifischen Teils eines Sachverhalts, z.B. die Geschäftsfähigkeit bei Vertragsabschluß und Durchführung, angesehen werden [12].

---

9) So auch Wiethölter, FS Kegel, S. 213 ff., 257: "Das IPR hat sich geradezu um den Preis von Sonderanknüpfungen in seiner klassischen Reinheit erhalten können, freilich mit der Gefährdung, schließlich als Allgemein-(Regel)-Feld auf Null zu schrumpfen."

10) Vgl. Serick, RabelsZ 18 (1953), S. 633 ff.; v. Schwind, RabelsZ 23 (1958), S. 449 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 133 ff.

11) a.a.O., S. 649.

12) Vgl. Neuhaus, a.a.O., S. 133; vgl. auch Raape-Sturm, IPR, S. 288 f. u. 296 FN 2; Bär, Kartellrecht und IPR, S. 183 ff.

Der Aufspaltung in Teilfragen wird aufgrund des inneren Zusammenhangs der jeweiligen Regelung, also wegen der "Einheit der Rechtsordnung" mit Skepsis begegnet. Die Bestandteile eines Rechtsinstituts, ganzer Regelungskomplexe oder auch des gesamten Privatrechts seien zumeist so aufeinander bezogen, daß die Herausnahme einzelner Aspekte und ihre Unterwerfung unter die Regeln einer anderen Rechtsordnung nicht möglich sei. Die Zusammenstellung von Normen verschiedener Rechtsordnungen für einen "Fall" [13] oder eine "Rechtsfigur" [14] führe zur Denaturierung der jeweiligen materiellen Rechte. Zudem wäre die internationale Entscheidungsharmonie gestört, da eine Abstimmung bei der Aufspaltung in Teilfragen, ihren jeweiligen Anknüpfungen und die notwendige Angleichung der materiellen Rechte unmöglich sei [15]. Daraus folgert Serick ein allgemeines Verbot von Sonderanknüpfungen außer bei ausdrücklicher Anordnung durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht, aber auch diese seien als Ausnahmen restriktiv zu interpretieren [16].

Der Ansicht Sericks, der in diesen Ausschluß u.a. auch den Bereich des zwingenden Schuldrechts einbezieht, kann nicht zugestimmt werden. Ihr liegt eine institutionelle Betrachtungsweise zugrunde, die es gerade durch eine funktionelle rechtsvergleichende Qualifikation zu überwinden gilt. Wenn die Ordnungssituationen in einem so engen Zusammenhang stehen, daß ihre Regelung nur einer Rechtsordnung entnommen werden kann, so muß sich dies bei der jeweiligen kollisionsrechtlichen Bewertung und Zuordnung ergeben. Auch hierfür ist die

---

13) So Neuhaus, a.a.O., S. 134.
14) So Serick, a.a.O., S. 649, wobei er "Rechtsfigur" als Synonym für "Rechtsinstitut" gebraucht, vgl. a.a.O., S. 636.
15) Dies erwähnt Neuhaus, a.a.O., S. 137, der diesem Gesichtspunkt aber keine überragende Bedeutung zuerkennen will.
16) Vgl. Serick, a.a.O., S. 636, 649 f.; für das Vertragsrecht wie Serick auch Vischer, Int. Vertragsrecht, S. 199 f.

konstruktive Zusammenfassung in einem "Rechtsinstitut", die auf zufälligen historischen und regelungstechnischen Gründen beruhen kann, ein Indiz, ohne daß dies aber in irgendeiner Richtung eine zwingende Grenze darstellt [17].

Eine deutliche Tendenz zur Entwicklung von Sonderanknüpfungen ist vor allem im Schuldrecht festzustellen. Dies läßt sich einerseits auf die größere Manipulierbarkeit des anwendbaren Rechts durch die Praxis aufgrund der Parteiautonomie zurückführen, andererseits ist hier Wissenschaft und Praxis kaum mit gesetzlich fixierten Anknüpfungsregeln konfrontiert [18]. Der erste und bislang weitestgehende Vorschlag zur Sonderanknüpfung zwingender Normen im Schuldrecht stammt von Wengler [19]. Seinem Ansatz liegt die Beobachtung zugrunde, daß die Praxis trotz grundsätzlicher Parteiautonomie mit Hilfe des ordre public Normen des zwingenden Schuldrechts innerhalb eines jeweils bestimmten räumlich-persönlichen Geltungsbereichs durchsetzt [20]. Aus der Maxime der internationalen Entscheidungsharmonie und dem Prinzip der Gegenseitigkeit der internationalen Rechtshilfe - jeder Staat bedarf zur Durchsetzung seines zwingenden Rechts im internationalen Bereich der Mithilfe anderer Staaten, muß dementsprechend aber auch seine Mithilfe anbieten - folgt nach Wengler ein Zwang zur Verallgemeinerung dieses Phänomens [21]. Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts einer anderen Rechtsordnung als der lex causae soll von

---

17) Gegen eine "Simplifizierung" auch Neuhaus, Grundbegriffe, S. 137, der nur zur Zurückhaltung und vorsichtigen Prüfung mahnt, ebenso Bär, a.a.O, S. 187.
18) Kegel, IPR, S. 190, spricht hinsichtlich der Parteiautonomie von "Verlegenheitslösung". Der Erfüllungsort wird weitgehend durch andere objektive Anknüpfungsmomente unter dem Vorwand des "hypothetischen Parteiwillens" ersetzt, ohne daß schon gewohnheitsrechtliche Regeln angenommen werden könnten, vgl. Kegel, IPR, S. 292 ff.
19) In ZfvglRW 54 (1941), S. 168 ff.
20) Vgl. a.a.O., S. 173 f.
21) Vgl. a.a.O., S. 181.

drei Faktoren abhängig sein:

1. seinem eigenen örtlichen Geltungsbereich [22],

2. dem Vorliegen einer hinreichend engen Beziehung, die aus dem jeweiligen Zweck der Regelungen von der lex fori bestimmt werden soll [23] und

3. dem Vorbehalt der Abweisung durch den ordre public des Forums [24].

Der Vorschlag Wenglers beinhaltet also keine einheitliche Sonderanknüpfung, sondern sieht nur deren Entwicklung für einzelne Ordnungsaufgaben vor. Bemerkenswert ist, daß Wengler, wenn auch unausgesprochen, von einseitigen Sonderanknüpfungen im ordre public ausgeht.

Auf der Grundlage des Ansatzes Wenglers hat Zweigert 1942 eine weitere Konkretisierung der Maßstäbe zur Feststellung der "hinreichend engen Beziehung" versucht und für die sogenannten Leistungsverbote einen Vorschlag zur Sonderanknüpfung vorgelegt [25]. Als Korrektiv des von der Sachnorm selbst beanspruchten Geltungsbereichs (diesen als Ausfluß der internationalen Entscheidungsharmonie) sieht Zweigert das Prinzip, daß die Entscheidungsharmonie nicht auf Kosten des Staatsinteresses des Forums erzielt werden könne [26]. Im Bereich des Vermögensrechts sollen bei der Bestimmung dieses "Staatsinteresses"

---

22) Vgl. a.a.O., S. 183.
23) Vgl. a.a.O., S. 165 f.
24) Vgl. a.a.O., S. 197 f.
25) Vgl. Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 283 ff.; unter den Leistungsverboten faßt Zweigert Goldklauselverbote und Devisengesetze zusammen, die aus wirtschaftspolitischen Gründen eine bestimmte "Wertbewegung" verhindern wollen.
26) Vgl. a.a.O., S. 287 f.

nur "international typische Interessen" eines "farblos - idealen Staates" in Betracht kommen [27]. Diese Forumsinteressen sind nach Ansicht Zweigerts nicht berührt, wenn sich die Wertbewegung ganz oder teilweise im Gebiet des Verbotslandes abspielt. Tragendes Argument dieser Abgrenzung ist für Zweigert der Vollzug in der "Souveränitätssphäre" des Vollzugslandes [28].

Neumayer legt seinem Ansatz zur Sonderanknüpfung im Bereich des Vertragsstatuts eine Differenzierung nach dem jeweiligen Regelungsziel des zwingenden Schuldrechts zugrunde [29]: Die Normen, die lediglich im Dienst des privaten Rechtsverkehrs erlassen sind, sollen "international nachgiebig" sein, d.h. nur dem jeweiligen Schuldstatut entnommen werden; die Normen jedoch, die "vornehmlich zur Förderung und Sicherung der allgemeinen Wohlfahrt oder im öffentlichen Staatsinteresse" erlassen wurden, sollen "konfliktfest" sein, also einer Sonderanknüpfung unterworfen werden [30]. Auch nach Neumayer soll wegen der internationalen Entscheidungsharmonie und "des Protokolls der internationalen Anstandspflichten" und vorbehaltlich des ordre public hierfür einerseits der Geltungswillen der jeweiligen Normen selbst, zum anderen die völkerrechtlich zu bestimmende "Eingriffshoheit" des rechtssetzenden Staates bestimmend sein [31]. Nach der Formulierung von Neumayer soll dies dann zu einer Sonderanknüpfung führen, wenn "der vom Normzweck angeschaute Tatbestand sich in der von ihrem Gesetzgeber zu ordnenden Sozialsphäre ganz oder zum wesentlichen

---

27) Anderes soll im Personen-, Familien- und Erbrecht gelten, im Vermögensrecht würde die Entscheidungsharmonie ohne Not eingeschränkt, vgl. a.a.O., S. 290 ff.
28) Vgl. a.a.O., S. 293 ff.
29) Neumayer, Notgesetzgebung, S. 35 ff.
30) Vgl. a.a.O., S. 45 f.; auch die zweite Gruppe rechnet Neumayer trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Grundlage aufgrund ihrer privatrechtlichen Sanktionen dem Privatrecht zu, vgl. a.a.O., S. 38 ff.
31) Vgl. a.a.O., S. 50 ff.

Teil verwirklicht" [32].

Der Vorschlag von Schulte zur gesonderten Anknüpfung beschränkt sich auf die sogenannten Eingriffsnormen, die er durch den staatlichen Eingriff in die Vertragsverhältnisse Privater charakterisiert [33]. Jedoch sollen nicht alle Eingriffsnormen dem Schuldstatut entzogen werden, sondern nur die, deren Einhaltung der Staat mit hoheitlichen Mitteln erzwingt. Da Schulte als Grundlage dieser Sonderanknüpfung den völkerrechtlich begründeten Respekt vor der Gebietshoheit sieht, soll dort, wo die Durchsetzung der Eingriffsnormen den Parteien überlassen bleibt, nur das Vertragsstatut Anwendung finden. Als wesentliches Indiz für die internationale Unnachgiebigkeit in diesem Sinne zieht Schulte die Bewehrung der Eingriffsnormen heran [34]. Im Gegensatz zu den Vorschlägen von Wengler, Zweigert und Neumayer betrachtet Schulte das Problem des von der Norm selbst beanspruchten Geltungsbereichs als eine materiell-rechtliche Frage [35]. Die von ihm vorgeschlagene spezielle Kollisionsnorm stellt daher nur darauf ab, ob der Tatbestand der in seinem Sinne international zwingenden Eingriffsnormen ganz oder teilweise im Gebiet des eingreifenden Staates verwirklicht wird [36].

Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Sonderanknüpfung auf sozialpolitische Normen aufgrund des Prinzips des Schutzes des Schwächeren hat jüngst v. Hoffmann gefordert [37]. Er weist darauf hin, daß bei der Isolierung dieser Normengruppe vom

---

32) Vgl. a.a.O, S. 54.
33) Vgl. Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, S. 18; Schulte stützt sich hierbei auf Neuhaus und Bär, vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 33 ff.; Bär, Kartellrecht und internationales Privatrecht, S. 192, 206 f.
34) Vgl. Schulte, a.a.O., S. 120.
35) Vgl. a.a.O., S. 122.
36) Vgl. a.a.O., S. 123.
37) In RabelsZ 38 (1974), S. 396 ff.

Vertragsstatut nicht mehr die Differenzierung zwischen Normen, die nur dem Schutz Privater dienen und denen, die (auch) das öffentliche Wohl wahren, als Begründung herangezogen werden können und sieht hier wie auch im materiellen Recht keinen Raum mehr für eine Parteiautonomie [38]. Jedoch geht v. Hoffmann bei der Präzisierung der angestrebten Sonderanknüpfung einen besonderen Weg, der einen Verzicht auf allseitige Kollisionsnormen beinhaltet.

Er befürwortet zwar die Entwicklung speziell allseitiger Kollisionsnormen für inländische zwingende Normen der genannten Art. Er hält jedoch eine allseitige Erweiterung der Kollisionsnormen nicht für zweckmäßig, da hiermit der von ausländischen Normen beanspruchte Geltungsbereich unter- wie überschritten werden könne. Auch die Entwicklung einer eigenständigen allseitigen Kollisionsnorm aufgrund "international-typischer" Staatsinteressen hält v. Hoffmann für nicht durchführbar [39]. Daher sollen diese Normen im Rahmen des jeweils selbst gewählten Anwendungsbereichs berücksichtigt werden. Dem soll als Vorbehalt nur das Prinzip der "Wahrung einer ausgewogenen Ordnung der internationalen Beziehungen gegenüber exzessiven Egoismen der internationalen Rechte" gegenüberstehen, das durch den Grad der Verknüpfung des Sachverhalts mit der Geltung beanspruchenden Rechtsordnung und die international übliche Auffassung konkretisiert werden könne [40].

Vollends unbeschränkt wird der Wirkungsbereich der Lehre von der Sonderanknüpfung dort, wo der ordre public ausschließlich

---

38) Vgl. a.a.O., S. 408.
39) Vgl. a.a.O., S. 410 f.; eine allseitige Erweiterung, wenn auch mit erheblichen Einschränkungen, hat z.B. Neuhaus in RabelsZ 33 (1969), S. 195, vorgeschlagen, vgl. auch die Entschließung des Instituts de Droit International, RabelsZ 17 (1952), S. 519.
40) Vgl. a.a.O., S. 413.

auf eine Abweisung ausländischen Rechts aufgrund inländischer Grundwerte beschränkt wird [41]. Die Fälle, in denen das ausländische Recht von anderslautendem inländischem Sachrecht verdrängt wird, werden allgemein mit "versteckten" speziellen Kollisionsnormen erklärt [42]. Zu einer ähnlichen Ausweitung der Lehre von der Sonderanknüpfung gelangt Siehr, der dem ordre public nur eine hermeneutische Hilfsfunktion zuerkennt. Auch hier sollen letztlich in den Vorschriften des Sachrechts "versteckte" Kollisionsnormen die Durchbrechung der regulären Kollisionsnormen begründen [43].

§ 12

Der Widerspruch der Sonderanknüpfungslehren zu System und Methode des IPR

Der Ausgangspunkt von Wengler, aber auch der von Zweigert und Neumayer war, daß einzelne Normen oder Normengruppen des inländischen Rechts unter Anwendung der Vorbehaltsklausel entgegen der anderweitigen Anknüpfung des Vertragsstatuts angewandt wurden [44]. Ihre Vorschläge können also noch als der Versuch einer allseitigen Ausdehnung einer im Kern bereits vorhandenen einseitigen speziellen Kollisionsnorm betrachtet werden.

---

41) Vgl. Neumayer, FS Dölle II, S. 205 f.; Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 89; ders., NJW 1967, S. 134, 136 f.
42) Vgl. Neumayer, a.a.O., S. 191; Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 76 f.; s. auch unten FN 50.
43) Vgl. Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 93, 106 ff.
44) Vgl. Wengler, ZfvglRW 54 (1941), S. 173 ff.; Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 287 f.; Neumayer, Notgesetzgebung, S. 36.

Zweifel ergeben sich jedoch bei ihren Vorschlägen hinsichtlich der Einzelheiten des von den anzuknüpfenden Normen beanspruchten Geltungsbereichs. Damit kann einerseits die kollisionsrechtliche Behandlung durch die Rechtsordnung, der diese Sachnormen angehören, infrage stehen. Ob die durch die lex fori zur Anwendung berufene Rechtsordnung kollisionsrechtlich ebenfalls diese Normen oder aber die Regelung des Vertragsstatuts oder die einer dritten Rechtsordnung anwenden würde, ist eine Frage der Rück- und Weiterverweisung, aber kein eigenständiger Anknüpfungsgesichtspunkt für das Forum.

Andererseits kann mit dem Terminus des "Geltungsbereichs" aber auch die materiell-rechtliche Frage gemeint sein, ob die angeknüpfte Sachnorm auch Auslandssachverhalte betrifft oder nur für Inlandssachverhalte einschlägig ist. Auch dies kann für die Kollisionsnorm des Forums kein Gesichtspunkt für ihre Anknüpfung sein. Selbstverständlich sind bei der Anwendung des ausländischen Rechts besondere Regelungen für Auslandssachverhalte zu berücksichtigen [45].

Auch der Vorschlag von Schulte vermag m.E. nicht zu überzeugen. Einerseits mißt Schulte der Durchsetzung von zwingenden Normen mit hoheitlichen Mitteln ein zu großes Gewicht bei. Bei der Bewehrung von zwingenden Normen handelt es sich zumeist um reine Zweckmäßigkeitsentscheidungen. Auf sie kann z.B. dort verzichtet werden, wo aufgrund der Interessengegensätze der Parteien eine Berufung auf die Nichtigkeit wahrscheinlich erscheint oder die Gewährung entsprechender Schadensersatzansprüche als Sanktion ausreichend ist [46]. Darüber hinaus

---

45) Vgl. Kegel, IPR, S. 52; ders., Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 247 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 21; Mann, FS Raiser, S. 499 ff.; vgl. aber auch Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 30 ff.

46) So genügt beim AbzG die Nichtigkeitssanktion, während in weiten Bereichen des Kartell- und Wettbewerbsrechts Strafandrohungen notwendig sind, ohne daß m.E. hieraus kollisionsrechtliche Schlußfolgerungen gezogen werden können.

ist auch der Begriff der Eingriffsnorm als hoheitlicher Eingriff in Vertragsverhältnisse Privater außerordentlich unscharf, denn vom Standpunkt einer möglichst weitgehenden Privatautonomie muß jede zwingende Norm als Eingriffsnorm erscheinen [47].

Andererseits stellt Schulte mit dem Anknüpfungsgesichtspunkt der Gebietshoheit ausschließlich auf die völkerrechtliche Beurteilung ab. Zweifellos ist die Frage der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit ein wesentlicher, aber bei der Entscheidung über die zivilrechtliche Zuordnung sicher nicht der einzige Anknüpfungsgesichtspunkt. Ebenso wie im übrigen Kollisionsrecht können auch hier völkerrechtliche Kompetenzen über- wie unterschritten werden [48].

Schulte verweist die Frage des jeweils beanspruchten Geltungsbereichs der Sachnormen in das materielle Recht. Wie oben ausgeführt, ist dies nur zum Teil, nämlich bei der Frage der speziellen materiellen Regelung für Auslandssachverhalte zutreffend. Führt die von Schulte vorgeschlagene Kollisionsnorm zum inländischen Recht, wäre nach seiner Meinung dementsprechend die kollisionsrechtliche Frage noch nicht entschieden, da das inländische Recht z.B. auf das Vertragsstatut verweisen könnte. Die Ursache dieser Mängel dürfte letztlich darin liegen, daß Schulte nicht spezielle Ordnungsaufgaben speziellen Anknüpfungen unterwerfen will, sondern abstrakt einen bestimmten Normtyp als Anknüpfungsgegenstand herausgreift. Damit vernachlässigt er jedoch den größten Teil der für die Anknüpfung maßgeblichen Gesichtspunkte.

---

47) Außerdem wären wohl auch die Regeln des StGB als Bewehrung anzusehen, also z.B. § 263 StGB für weite Anwendungsbereiche des § 123 BGB etc.

48) Daß kein völkerrechtlicher Zwang infrage steht, zeigt schon die Möglichkeit des Zurückweisens des ausländischen Rechts durch den ordre public, vgl. Schulte, a.a.O., S. 128.

Mit dem Vorschlag v. Hoffmanns wird im Ergebnis dem System allseitiger Kollisionsnormen ein paralleles System einseitiger Kollisionsnormen zur Seite gestellt. Auf die Diskussion um die Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit einer kollisionsrechtlichen Regelungstechnik nur durch einseitige Kollisionsnormen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden, die dort erhobenen Einwände gelten hier umso mehr, als beide Regelungstechniken nebeneinander Anwendung finden sollen [49]. In der Praxis müßte dies bedeuten, daß neben der Rechtsanwendungsentscheidung des Forums aufgrund seiner Kollisionsnormen noch alle in Betracht kommenden Rechtsordnungen auf entsprechend einseitige Kollisionsnormen zu prüfen wären. Den Bedenken v. Hoffmanns gegen die allseitige Ausdehnung der einseitigen Sonderanknüpfung des Forums, daß damit der von dem ausländischen Recht beanspruchte Geltungsbereich unter- wie überschritten werden könne, kann kaum entscheidendes Gewicht zukommen. Ein Überschreiten könnte durch die Rück- und Weiterverweisungsregeln korrigiert werden, ein Unterschreiten beruht auf der autonomen Entscheidung des Forums, daß die jeweilige Ordnungssituation nicht der Sozial- und Rechtssphäre der Geltung beanspruchenden Rechtsordnung angehört.

Während diese Vorschläge noch weitgehend von bestehenden einseitigen speziellen Anknüpfungen für das inländische Recht ausgehen und die Frage der Sonderanknüpfung auch in der dritten Rechtsordnung im Vordergrund steht, so bedeutet es einen qualitativen Sprung, wenn die Sonderanknüpfungslehre auch als Entwicklungsweg für spezielle einseitige Kollisionsnormen vorgeschlagen wird. Hiermit werden neben der Qualifikation, der Lückenschließung durch die Vorbehaltsklausel und der kollisionsrechtlichen Rechtsfortbildung als Ursprung weiterer Kollisions-

---

49) Vgl. insbesondere Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des IPR; vgl. zuletzt Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im IPR, S. 204 ff.

normen, die als leges speciales die allgemeinen Kollisionsnormen verdrängen sollen, die Sachnormen genannt [50].

So sind solche "versteckten" Kollisionsnormen z.B. im § 244 BGB, § 213 BGB und in den §§ 89 b, 92 c HGB vermutet worden [51]. Dem haben F.A. Mann und - im Ergebnis - Kegel widersprochen.

Mann stellt den Kollisionsnormen die sogenannten Sachnormen mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal gegenüber [52]. Letztere sind seiner Meinung nach nur dann von Bedeutung, wenn sie zuvor mit den anderen einschlägigen Normen durch das Kollisionsrecht für anwendbar erklärt wurden. Allenfalls in Ausnahmefällen könnte die räumliche Begrenzung in Sachnormen als Hinweis für die Rechtsschöpfung neuer Kollisionsnormen aufgefaßt werden [53].

---

50) Vgl. Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 107; der Begriff der versteckten Kollisionsnorm ist zuletzt von Niemeyer, NiemeyersZ 13 (1903), S. 447 f. in anderem Zusammenhang (ausländische Zuständigkeitsvorschriften) gebraucht worden. Im Rahmen des ordre public spricht erstmals Habicht, IPR nach dem EGBGB, S. 234, von "versteckten stillschweigenden Anwendungsnormen".

51) Zu § 244 BGB vgl. Wolff, IPR, S. 156 f.; Birk, RIW/AWD 1973, S. 425 ff., 436 ff.; Mann, FS Raiser, S. 504; ders., Das Recht des Geldes, S. 279; zu § 313 BGB vgl. Wengler, NJW 1969, S. 2237; Staudinger-Stoll, nach Art. 12 I, Rdzf. 233; ablehnend h.M., vgl. BGHZ 52, 239; BGHZ 57, 337 m.w.N.; Mann, FS Raiser, S. 508; zu §§ 89 b, 92 c HGB vgl. Makarov, Grundriß, S. 16; ablehnend BGH/IPRspr. 1960/61 Nr. 29; vgl. Mann, FS Raiser, S. 503, 506 f.; Kegel, Gedächtnisschrift Ehrenzweig, S. 59; jüngstes Beispiel ist die Auseinandersetzung um § 61 BörsenG und § 764 BGB aufgrund des Urteils des BGH NJW 1979, S. 488; vgl. einerseits Lüer, JZ 1979, S. 171 ff.; andererseits Wengler, JZ 1979, S. 175 ff.

52) Vgl. Mann, FS Raiser, S. 499 ff., 500.

53) Vgl. a.a.O., S. 504.

Auch Kegel hält an der strikten Trennung zwischen Sachnormen einschließlich denen des Fremdenrechts und des Rechts für Auslandssachverhalte einerseits und den Kollisionsnormen andererseits fest. Diese Unterscheidung werde auch nicht durch die sogenannten selbstgerechten Sachnormen, die ihren räumlichen Geltungsbereich selbst bestimmen, zunichte gemacht. Auch hier könne die Kollisionsnorm von der sachlichen Regelung getrennt werden und in der Regel zu einer einseitigen Kollisionsnorm für mehrere Sachnormen und zu einer allseitigen Kollisionsnorm verlängert werden [54]. Ob die Sachnorm lediglich ein räumliches Tatbestandsmerkmal oder eine Kollisionsnorm enthalte, muß nach Kegel dem Zweck der Regelung entnommen werden [55]. Er hält es jedoch für ausgeschlossen, aus Sachnormen, die nicht ausdrücklich eine räumliche Begrenzung beinhalten, durch Auslegung Kollisionsnormen zu gewinnen, da es sich rechtspolitisch um unterschiedliche Zielsetzungen handelt. Auch hier ist Grundlage die Annahme, daß die kollisionsrechtlichen Interessen grundsätzlich unterschiedlich von den materiell-rechtlichen sind und letztere wie auch Sinn und Zweck von Sachnormen für das Kollisionsrecht irrelevant sind [56].

Diese These wurde zuvor schon abgelehnt. Auch hier kann der strikten Trennung zwischen Kollisionsnormen und Sachnormen nicht völlig zugestimmt werden.

Kollisionsnormen wie Normen des Fremdenrechts und Sachnormen für Auslandssachverhalte beinhalten besondere Regelungen für Ordnungssituationen mit Auslandsbezug [57]. Die kollisionsrecht-

---

54) Vgl. Kegel, Gedächtnisschrift Ehrenzweig, S. 53 ff., 69 ff., 77.
55) Vgl. a.a.O., S. 69.
56) Vgl. a.a.O., S. 77 f.
57) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 20 ff., der zwischen "Entscheidungsrecht" und "Verweisungsrecht" differenziert; vgl. auch Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 30 ff.; zum Verhältnis von Fremdenrecht zum Internationalen Privatrecht.

liche Entscheidung kann dementsprechend nicht völlig unabhängig von diesen Normen getroffen werden. So wäre eine von Lehre und Praxis aufgestellte Kollisionsnorm, daß Form, Frist und Verfahren der Erbschaftsausschlagung dem Wohnsitzrecht des Ausschlagenden unterliegen, angesichts des § 1944 Abs. 3 BGB nicht haltbar.

Jedoch darf nicht verkannt werden, daß Normen für Auslandssachverhalte die Zugehörigkeit der Ordnungssituationen zur Sozial- und Rechtssphäre des Inlandes voraussetzen und zumeist die gesetzliche Regelung nur in Detailfragen an die Besonderheit des Sachverhalts anpassen. So setzt der § 1944 Abs. 3 BGB zweifellos die Geltung des deutschen Erbrechts voraus, ihm können keinerlei kollisionsrechtliche Folgerungen für die Anknüpfung der Erbschaftsausschlagung bei Anwendung eines ausländischen Erbrechts entnommen werden. Ebenso wenig kann man Normen, die wie §§ 89 b, 92 c HGB bestimmte Rechtsfolgen von einem nur auf das Inland bezogenen räumlichen Tatbestandsmerkmal abhängig machen, eine zwingende kollisionsrechtliche Schlußfolgerung entnehmen [58].

Ob eine andere Rechtsfolge des materiellen inländischen Rechts, die gegebenenfalls erst noch durch Lückenschließung zu schaffen ist, oder die Regelung einer anderen Rechtsordnung gilt, ist eine Frage, die nicht allein durch Interpretation der Sachnorm, sondern nur unter Einbeziehung vielfältiger anderer Gesichtspunkte wie der Parteiinteressen, Verkehrsinteressen, sozial-

---

58) Damit soll nicht eine Ablehnung einer speziellen Anknüpfung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters verbunden sein. Diese Frage kann jedoch nicht aufgrund der Vorschrift des § 92 c HGB als Interpretationsfrage entschieden werden, sondern muß neben der Funktion des § 89 b HGB (sozialpolitische Schutznorm oder gesetzlich konkretisierter Fall der Eingriffskondition) die Fragen der Interessen der ausländischen Geschäftsherren, des Vertrauensschutzes etc. berücksichtigen.

politischer Faktoren etc. getroffen werden kann. Gleiches gilt für die Frage, ob die Normen der lex fori mit einem derart räumlichen Tatbestandselement auch isoliert von anderen Sachnormen des Forums bei Vorliegen dieses Inlandsbezuges angewendet werden sollen oder ob weitere Anknüpfungsmomente oder die Geltung des Forumsrechts insgesamt notwendig sind.

Muß schon bei den Normen, die in ihrem Tatbestand derartige räumliche Elemente aufweisen, die Entwicklung spezieller Anknüpfungen als Interpretation des materiellen Rechts zweifelhaft sein, so ist dies umso mehr der Fall bei Sachnormen, die hierüber keine Angaben enthalten. Ebenso wenig wie die Funktion des materiellen Rechts bei der Rechtswahl außer acht gelassen werden darf, darf man übersehen, daß dies nur ein Gesichtspunkt unter einer Vielzahl anderer ist. Nicht Sinn und Zweck von Sachnormen, sondern ihre kollisionsrechtliche Bewertung ist Grundlage der Entscheidung über die jeweilige Reichtweite der inländischen Rechtsordnung.

Im übrigen geht es nur in wenigen Fällen um die spezielle Anknüpfung einzelner Sachnormen, sondern in der Regel sind ganze Sachnormenkomplexe betroffen, die ein Regelungsnetz für eine Ordnungsaufgabe bilden, z.B. die Regelung des Abzahlungskaufs oder die der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ähnliches gilt z.B. im Kartellrecht. Hier ist es vollends ausgeschlossen, die Entwicklung besonderer Kollisionsnormen als "Entdeckung" in einer Sachnorm auszugeben. Wie schon zuvor angeführt, ist es daher auch nicht erforderlich, für diese speziellen Kollisionsnormen einen besonderen Qualifikationsgegenstand anzunehmen.

Methodisch kann die Entwicklung spezieller Kollisionsnormen nicht als Interpretation der Sachnormen, sondern nur als rechtsschöpferische Lückenschließung des Kollisionsrechts - dieser Weg ist durch die Entwicklung des IPR in den meisten Fällen ver-

sperrt (siehe oben) - als Rechtsfindung extra und zum Teil contra legem oder als Konkretisierung der Vorbehaltsklausel begründet werden. Bei letzterem würde der ordre public damit aber den Charakter einer bloßen Inhibierungsvorschrift verlieren und sich zu einer kollisionsrechtlichen Generalklausel wandeln.

5. Kapitel

Zum Grundverständnis des ordre public in Lehre und Rechtsprechung

Nach fast einhelliger Ansicht ist Art. 30 EGBGB eine inhibierende Norm, die nur ausnahmsweise und aufgrund von Erwägungen, die eigentlich dem Kollisionsrecht fremd sind, die Anknüpfung ausländischen Rechts durchbricht [1]. Danach gibt zwar ein allzu häufiges Eingreifen des ordre public einen Hinweis auf Mängel des Kollisionsrechts, aber grundsätzlich ist die Vorbehaltsklausel ein - wenn auch notwendiger - "Störenfried" im Kollisionsrecht, der "stoßende" Ergebnisse im materiellen Sinn verhindern soll, der den "unantastbaren Kern der Privatrechtsordnung" schützt, die materielle Gerechtigkeit bei sonst "untragbaren" Ergebnissen wahrt, allenfalls noch inländische "Machtinteressen" durchsetzt [2].

Aber auch wenn dieser Grundtenor der weit überwiegenden Meinung entspricht, so lassen sich doch einige Aspekte der Auslegung und Handhabung des ordre public nicht in den so gesteckten Rahmen einfügen. Hier ist einerseits das Problem der sogenannten positiven Wirkung des ordre public zu nennen, d.h. die Frage, ob der ordre public nicht auch die Aufgabe der Durchsetzung bestimmter inländischer Normen hat, sei es vielleicht auch nur im Zusammenhang mit der inhibierenden Funktion bei abweichendem ausländischen Recht. Dazu gehört andererseits die Frage des notwendigen Inlandsbezuges, der

---

1) Vgl. nur aus der neueren Literatur z.B. Kegel, IPR, S. 235 ff.; Ferid, IPR, S. 60; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 363 f.

2) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 368; Raape, IPR, S. 92 nennt den ordre public "enfant terrible" und "Störenfried"; Dölle, Der ordre public, S. 398 = 90 "ein die gewöhnliche Ordnung störender Fremdkörper".

sogenannten Relativität des ordre public, die zwar nur noch vereinzelt bestritten wird, deren dogmatische Einordnung aber noch keinesfalls geklärt ist. Beide Fragen haben durch die jüngste Entwicklung des IPR, besonders durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Geltung der Grundrechte gegenüber ausländischem Recht eine erhöhte Bedeutung gewonnen. Sie lassen sich aber durch die gesamte Entwicklung des Kollisionsrechts verfolgen. Zuvor soll jedoch ein Überblick über die Entstehungsgeschichte des Art. 30 EGBGB und einige andere Aspekte seiner Konkretisierung gegeben werden.

§ 13

Die Entwicklung des ordre public

Die Entwicklung der modernen Vorbehaltsklausel setzt bei Savigny ein, der erstmals die Ausnahmen von der Rechtswahl durch die "regulären" Anknüpfungsregeln zusammenfaßte und ihre Begründung darin sah, daß bei diesen Gesetzen ihre "besondere Natur einer so freien Rechtsgemeinschaft unter verschiedenen Staaten widerstrebt" [3]. Auf Vorläufer dieses Vorbehalts schon in den Anfängen des Kollisionsrechts hat jedoch zutreffend Kaufmann hingewiesen [4].

So findet sich bei Johannes Faber ein zwar auf das Vertragsrecht und hier die laesio enormis beschränkter Vorbehalt gegenüber fremdem Recht, der also in Struktur und Funktion der modernen Vorbehaltsklausel sehr nahe kommt [5]. Nur

---

3) Vgl. Savigny, System VIII, S. 32 f.
4) Vgl. Kaufmann, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, S. 66. ff.
5) Vgl. Kaufmann, a.a.O., S. 76 f.; Neumeyer, Die gemeinschaftliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Bd. II, S. 148.

hingewiesen werden kann hier auch auf die Lehre von den statuta odiosa bei Bartolus, in der ein weiterer Ursprung der Vorbehaltsklausel zu sehen ist [6]. Bemerkenswert ist hier, daß sich dieser Vorbehalt nicht nur gegen fremdes Recht richten konnte, sondern auch gegenüber dem Recht des Forums zur Anwendung kam.

An der Schwelle zum modernen IPR Savigny'scher Prägung mußte für Waechter durch den Grundsatz der Anwendbarkeit des inländischen Rechts der Blick auf einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des inländischen Rechts verstellt sein [7]. Jedoch lassen sich auch bei ihm, namentlich im Familienrecht, Tendenzen zu einer Vorbehaltsklausel bei Verweis auf ausländisches Recht feststellen [8].

Savigny unterschied bei den Ausnahmen von der Rechtswahl zwei Klassen: Einerseits hielt er es für ausgeschlossen, dem inländischen Recht völlig unbekannte Rechtsinstitute, z.B. den bürgerlichen Tod des französischen Rechts, im Inland anzuerkennen und durchzusetzen. Andererseits sollte fremdes Recht keine Beachtung finden bei "Gesetzen streng positiver, zwingender Natur" [9]. Dieser Vorbehalt hat bei Savigny eine positive und eine negative Seite: Einerseits sind entsprechende inländische Normen immer anzuwenden, andererseits sind derartige Normen eines ausländischen Rechts von der Anwendung

---

6) Vgl. Kaufmann, a.a.O., S. 81 ff. m.w.N.; Lainé, Introduction au Droit International Privé, Bd. I, S. 266 f.
7) Vgl. AcP 24, S. 265 ff.
8) Vgl. AcP 25, S. 187 ff.; für das Obligationsrecht vgl. AcP 25, S. 397 ff.; auch Waechter spricht von "Prohibitivgesetzen", ohne aber die Unterscheidung von Savigny einzuführen. Waechter lehnt auch nicht die Anwendung fremder Prohibitivgesetze ab, sondern sieht nur die Durchsetzung der eigenen Normen, vgl. a.a.O., S. 403.
9) Vgl. System VIII, S. 33 f.; dabei kann nach Savigny gelegentlich die Anwendung ausländischen Rechts aus beiden Gründen zugleich unterbleiben, vgl. a.a.O., S. 37, zur Sklaverei.

im Inland ausgeschlossen [10]. Diese Normengruppe war auch schon für Savigny nicht deckungsgleich mit dem ius cogens. Seinem rechtstheoretischen Ansatz entsprechend umfaßt sie lediglich das "anomalische" Recht, das "nicht lediglich nur der Personen willen, welche die Träger des Rechts sind", geschaffen ist [11]. Nach Savigny können diese Gesetze auf sittlichen Gründen (z.B. das Verbot der Polygamie, Wucherverbot) als auch auf Gründen des öffentlichen Wohls (z.B. Beschränkung des Grunderwerbs durch Juden) beruhen, wobei Savigny keine scharfe Trennung zwischen diesen Gruppen vornahm [12].

Die Struktur und die Funktion des Vorbehalts fand in der deutschen Lehre nach Savigny Zustimmung, seine inhaltliche Konkretisierung jedoch nicht. Die Ablehnung aller unbekannten Rechtsinstitute wurde als viel zu weitgehend empfunden, zumal, worauf schon v. Bar hinwies, die Bezeichnungen der Rechtsinstitute über eine inhaltliche Gleichartigkeit oder Verschiedenheit keine sichere Aufklärung geben [13]. Auch die Beschreibung der streng positiven Gesetze wurde entsprechend der Aufgabe des Savigny'schen Grundverständnisses nicht akzeptiert. Auch hier widersprach v. Bar mit dem Hinweis darauf, daß letztlich alle Rechtssätze dem einzelnen wie der Gesamtheit zu dienen bestimmt seien [14].

---

10) Vgl. schon a.a.O, S. 32; besonders deutlich a.a.O., S. 276 im Obligationsrecht.
11) Vgl. a.a.O., S. 34 ff.; s. schon oben, Kap. 1.
12) So wird das Wucherverbot, die Unklagbarkeit von Spiel- und Wettschulden und die Lex Anastasiana gleichermaßen mit dem anderenfalls eintretenden unsittlichen und gemeinschädlichen Treiben begründet, vgl. a.a.O., S. 276 f.; überraschen muß die Reichweite der Ausnahme, die bei Savigny z.B. das gesamte Deliktsrecht umfaßt, vgl. a.a.O., S. 278 f.
13) Vgl. v. Bar, Theorie und Praxis, I, S. 91 f.; ebenso Mommsen, AcP 61 (1878), S. 149 ff., 194.
14) Vgl. a.a.O., S. 90 mit ausdrücklichem Hinweis auf Ihering.

Daher beschränkt v. Bar den Vorbehalt auf die Abwehr der Realisierung eines Rechtsverhältnisses im "Machtbereich" der inländischen Rechtsordnung, das hier als unsittlich betrachtet werden müßte [15]. Entscheidend soll dabei die Wirkung des jeweiligen Rechtssatzes oder Rechtsverhältnisses im Inland sein, die mit absolut gebietenden Rechtssätzen oder herrschenden sittlichen Grundsätzen der inländischen Rechtsordnung im Widerspruch stehen müsse [16].

Die Ausschließung aller anderen als der sittlichen Gründe, die zur Annahme einer streng zwingenden Natur führen könnten, fand allerdings keine Zustimmung. Die Aufstellung einer allgemeinen Regel gelang jedoch nicht, man verwies auf den in jedem einzelnen Fall zu prüfenden Zweck des Gesetzes [17]. Immer jedoch sollte es sich um eine Ausnahme handeln, die nur selten die Rechtswahl der Kollisionsnormen durchbrechen sollte [18]. Damit steht die deutsche Entwicklung im Gegensatz zu der des romanischen Rechtskreises, die, ausgehend von Mancini, den ordre public zu einem Grundprinzip des Kollisionsrechts neben dem Nationalitätsprinzip erhoben hat [19]. Auf diese

---

15) Vgl. v. Bar, a.a.O., S. 90 f., 127 ff.; damit taucht bei v. Bar incidenter erstmals der Inlandsbezug als Element des Vorbehalts auf. A.A. hierzu Mommsen, a.a.O., S. 195.

16) Vgl. v. Bar, a.a.O., S. 128 f.; er schließt ausdrücklich ökonomische Zwecke vom Vorbehalt aus, vgl. a.a.O., S. 90 f.

17) Vgl. Mommsen, a.a.O:; S. 195 f.

18) Dies wird vor der Gesetzgebung zum IPR (hierzu s.u.) besonders deutlich bei v. Bar, a.a.O., S. 132. Hier findet sich auch erstmals die Formulierung von dem Schutz der inländischen Rechtsordnung gegenüber ausländischen Gesetzen, "welche auf stark abweichenden sittlichen und sozialen Anschauungen beruhen", die sich später in der bekannte Reichsgerichtsformel niedergeschlagen hat.

19) Vgl. v. Bar, a.a.O., S. 85 ff.; Kahn, Abh. I, S. 194 ff.; Wolff, IPR, S. 23 f; vgl. auch Neumayer, FS Dölle II, S. 182 ff.; Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 100 ff.; alle mit einer Fülle w.N. Zur Beziehung der romanischen Schule zu Savigny vgl. auch Gutzwiller, Der Einfluß Savignys, S. 150 ff.

Entwicklung, die in Deutschland immer auf heftige Kritik gestoßen ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Das Kollisionsrecht des romanischen Rechtskreises ist auch heute noch von dieser Entwicklung geprägt, auch wenn heute der ordre public international überwiegend nur noch als Ausnahmeregelung begriffen wird [20].

Die Vorschläge von Gebhardt, die der Formulierung des Art. 30 EGBGB zugrunde liegen, machten sich einen Standpunkt, den zuvor schon Mommsen eingenommen hatte, weitgehend zu eigen [21]: Die Kategorien Savignys wurden mit der Argumentation v. Bars abgelehnt, dessen Beschränkung auf rein sittliche Gründe jedoch als zu eng bezeichnet [22]. In seinem ersten Vorschlag, der nicht zur Beratung kam, hat Gebhardt die Formulierung des § 19 des Sächsischen BGB von 1862/63 übernommen [23]: "Ausländische Gesetze sind nicht anzuwenden,

---

20) Vgl. Battifol/Lagarde, Droit international privé I, Nr. 355; weitere Nachweise bei Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 101 FN 27 und Neumayer, FS Dölle II, S. 186.

21) Die Gebhardtschen Entwürfe einschließlich der Motive finden sich bei Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR, vgl. dort S. 10, § 35 des 1. Entwurfes, S. 20, § 35 des 2. Entwurfes; Motive, S. 256 ff. bwz. S. 369 f. Zur weiteren Kodifizierungsgeschichte des IPR vgl. Hartwieg/Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen IPR, 1881 - 1896.

22) Vgl. a.a.O., S. 258.

23) Die Entstehungsgeschichte des sächsischen BGB zeigt den erstaunlichen Wandel des Kollisionsrechts nach Savigny. Ein erster Entwurf von 1853 (sog. Held'scher Entwurf) beruht noch eindeutig auf statutistischen Ansätzen, vgl. §§ 5 - 13, in: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen sowie die Specielle Motive zu dem Entwurfe ..., S. 2 f. Dieser enthielt in § 9 einen bemerkenswerten versteckten Vorbehalt gegen das eigene Recht zugunsten des Naturrechts. "Wenn aber das ausländische Recht weder offenkundig (notorisch) ist noch nachgewiesen wird, so ist nach inländischem Recht und, inwieweit dieses

wenn deren Anwendung durch inländische Gesetze nach der Vorschrift oder nach dem Zweck derselben ausgeschlossen sind." Dabei betont Gebhardt, daß "die Ausschließung des fremden Rechts nicht nur in der abnormen Beschaffenheit eines demselben angehörenden Rechtssatzes, sondern auch in der die allgemeinen Grundsätze durchbrechenden Tendenz des eigenen Rechts ihren Grund haben kann" [24]. Mangels eines objektiven Maßstabes sollte die nähere Bestimmung der exklusiven Rechtssätze und ihre Tragweite der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Mit seinem zweiten Entwurf lehnte sich Gebhardt eng an die vorhergehenden Kommissionsberatungen des § 106, des heutigen § 138 BGB an: "Ein ausländisches Gesetz wird nicht angewandt, wenn dessen Anwendung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt." Gebhardt sah hierin keine sachliche Änderung, sondern lediglich eine genauere Fassung [25].

---

auf eigenthümlichen Einrichtungen beruht, nach natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden." Der Held'sche Entwurf wurde allenthalben kritisiert, vgl. z.B. Waechter, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs ... Der 1860 vorgelegte 2. Entwurf, verabschiedet und publiziert 1862/63, beruhte nur 11 Jahre nach dem Erscheinen des 8. Bandes von Savignys System bereits auf dessen und Waechters Arbeiten zum IPR. Die Umstände und eventuellen persönlichen Beziehungen, die hierzu geführt haben, lassen sich aus den mir vorliegenden Quellen leider nicht erschließen. Zur Situation des IPR in Sachsen zu dieser Zeit vgl. auch Roux, Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen, N.F. 11 (1853), S. 393 ff., zum Entwurf insbesondere S. 430 ff.

24) Vgl. Niemeyer, a.a.O., S. 259.

25) Vgl. a.a.O., S. 369; diese Fassung wurde von der 1. Gesetzgebungskommission mit einer nicht wesentlichen redaktionellen Änderung ("Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung ...") verabschiedet; eine beantragte Rückkehr zum 1. Gebhardschen Entwurf wurde abgelehnt, vgl. Hartwieg/Korkisch, a.a.O., S. 144 f.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde jedoch der Begriff der öffentlichen Ordnung im heutigen § 138 BGB ersatzlos gestrichen, da ihm "eine sichere Umgrenzung fehle und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte angesehen sein würden" [26]. Auch aus der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel wurde der Begriff entfernt, hier jedoch durch den Begriff des "Zwecks eines deutschen Gesetzes" ersetzt, um dem Richter "einen hinreichenden Anhalt" für seine Entscheidung zu bieten [27]. Den Anträgen der Sozialdemokratischen Reichstagsfraktion auf Wiederaufnahme der "öffentlichen Ordnung" in § 138 BGB war kein Erfolg beschieden, der entsprechende Antrag zu Art. 30 EGBGB wurde zurückgezogen; Art. 30 EGBGB wurde in der dem Reichstag vorgeschlagenen Verfassung verabschiedet [28].

Die Gesetzgebungsgeschichte des Art. 30 EGBGB läßt keine zwingenden Schlüsse hinsichtlich seiner Funktion und dogmatischen Einordnung zu. Jedenfalls sollte ihm nicht eine ausschließlich negative Funktion zukommen, für die Verfasser stand die positive zumindest gleichwertig daneben. Ebensowenig läßt sich nach der Gesetzgebungsgeschichte eine Differenzierung zwischen einem Verstoß gegen die guten Sitten oder den Zweck eines inländischen Gesetzes begründen. Ursprünglich war ersteres nur ein spezieller Fall der zweiten Gruppe, im weiteren

---

26) Vgl. Mugdan, Materialien I, S. 725.
27) Vgl. Mugdan, Materialien I, S. 305.
28) Vgl. zum Antrag zu Art. 30 EGBGB = Art. 29 der Reichstagsvorlage den Auszug aus dem Protokoll der 2. Lesung bei Hartwieg/Krokisch, a.a.O., S. 424; die Reichstagskommission hatte zuvor schon einen entsprechenden Antrag mit Hinweis auf § 138 BGB abgelehnt, vgl. Hartwieg/Korkisch, a.a.O., S. 419 f. Zur Diskussion um § 138 BGB vgl. Mugdan, Materialien I, S. 969. Den Zusammenhang zwischen ordre public und guten Sitten hat vor allem K. Simitis, Gute Sitten und ordre public, wieder aufgegriffen.

Gesetzgebungsverfahren sollte der Zweckverstoß an die Stelle der öffentlichen Ordnung treten, die ihrerseits aber vom Begriff der guten Sitten umfaßt werden sollte. Die Fassung des Art. 30 EGBGB ist schon bald als mißglückt empfunden worden, aus seinem Wortlaut können keine inhaltlichen oder funktionellen Folgerungen gezogen werden [29].

Jedoch ist häufig versucht worden, mit dem Begriff der guten Sitten einerseits und dem des Zweck eines deutschen Gesetzes andererseits unterschiedliche Funktionen zu verbinden. Dabei wird - im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte - mit letzterem vor allem eine positive Funktion verbunden [30]. Hier soll dem Geltungswillen der materiellen Normen besondere Bedeutung zukommen. Übereinstimmend wird festgehalten, daß die Formulierung des Art. 30 EGBGB nicht wörtlich genommen werden darf, da jedes abweichende ausländische Recht den Zwecken der Sachnorm nicht gerecht werde, das Kollisionsrecht so also obsolet würde. Daher sollen nur Normen, die einen besonders wichtigen Zweck verfolgen, die "vitale Interessen" schützen etc., gegenüber abweichendem ausländischem Recht durchgesetzt werden [31].

Das Reichsgericht ist bei der Einschränkung der Reichweite dieses Teils des Art. 30 EGBGB verbal noch wesentlich weiter gegangen, indem es diesen Fall nur annehmen wollte, "wenn der

---

29) Vgl. Zitelmann, IPR I, S. 318 f.: "... jene Formulierungen sind alle nur ein Stammeln, der mehr oder minder mißlungene Versuch eines Ausdrucks für etwas, was bei dem jetzigen Stand der Erkenntnis nicht völlig ausdrückbar ist".

30) Vgl. Makarov, Grundriß, S. 94 ff.; Dölle, Der ordre public, S. 403 = 95; Wolff, IPR, S. 56; Raape-Sturm, IPR, S. 210 ff.; Staudinger-Raape, Art. 30 F II; dabei steht sicherlich auch das Gegensatzpaar des materiellen Rechts in §§ 134, 138 BGB Pate, wie die Entstehungsgeschichte belegt, allerdings zu Unrecht.

31) Vgl. Dölle, a.a.O., S. 405 = 97 ff.; Lewald, IPR, S. 24; Kegel, IPR, S. 236 f.

Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen dieses (fremde) Recht und auf welchen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde" [32]. Diese Formel, die bis zu ihrer Ablösung durch den BGH 1968 in fast jeder Entscheidung zum ordre public stereotyp wiederkehrt, ist überwiegend als zu eng empfunden worden [33]. Ihre Bejahung z.B. bei der Notwendigkeit der Registereintragung einer Schiffshypothek oder dem Anspruch auf immateriellen Schadensersatz beim Verlöbnisbruch zeigt, daß die Praxis sie als Leerformel behandelt [34].

Hinsichtlich des Begriffs der guten Sitten beschränkt sich die herrschende Meinung auf die Fragestellung, daß er mit dem in §§ 138, 826 BGB inhaltsgleich sei, grundsätzlich also die inländischen Anschauungen maßgeblich seien. Jedoch sei u.U. auf abweichende Anschauungen im Ausland Rücksicht zu nehmen. Auch die Rechtsprechung hat diesen Standpunkt übernommen [35]. Es fällt jedoch auf, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten zwar häufig geprüft, aber kaum bejaht wird. Verständlicherweise scheut sich die Rechtsprechung, Ergebnisse des ausländischen Rechts mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit zu belegen und zieht sich daher in der Regel auf die Annahme eines

---

32) RGZ 60, 296.
33) Vgl. Dölle, a.a.O., S. 407 = 99; Wolff, IPR, S. 63 f.; Staudinger-Raape, Art. 30 F 4; zustimmend auch Melchior, IPR, S. 340 f.
34) Vgl. RGZ 80, 129; BGHZ 28, 375; vgl. auch Wolff, IPR; S. 64 ("... mit seiner Formel nicht Ernst gemacht").
35) Vgl. statt vieler Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 6 m.w.N.

Zweckverstoßes zurück [36].

Entschieden weiter geht in diesem Punkt Sturm, der gerade im Verstoß gegen die guten Sitten einen besonderen Schwerpunkt des ordre public sieht. Für ihn ist die herrschende Sitten- und Rechtsmoral über Art. 30 EGBGB absolut geschützt, ohne daß er Konzessionen an eine fremde sozial-ethische Umwelt zuläßt [37]. Dies gewinnt bei Sturm eine besondere Bedeutung, da er vor allem die Grundrechte als Konkretisierung der guten Sitten heranzieht [38].

Gegenüber dieser Aufspaltung der Vorbehaltsklausel setzt sich immer stärker eine Tendenz zu einer einheitlichen Betrachtung des ordre public durch. So hat nach Kegel in Art. 30 EGBGB insgesamt die materiell-privatrechtliche Gerechtigkeit im Gegensatz zur kollisionsrechtlichen ihren Niederschlag gefunden [39]. Ebenso hält Neuhaus eine Trennung der beiden Fallgruppen nicht für sinnvoll [40]. Auch die Rechtsprechung hat mit der neuen Formel des BGH, nach der entscheidend sein soll, ob "das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu dem Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es von uns für untragbar gehalten wird", eine einheitliche Betrachtungsweise übernommen [41].

---

36) Vgl. Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 104 FN 37; aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung m.W. nur in RGZ 114, 171 bejaht, dort zugleich aber auch Zweckverstoß angenommen; vgl. jetzt auch Wuppermann, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im Internationalen Privatrecht seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiet des Familienrechts, S. 56. Diese Arbeit von Wuppermann war leider zum Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskriptes noch nicht veröffentlicht.

37) Vgl. Raape-Sturm, S. 210.

38) Vgl. a.a.O., S. 211; s. auch im nächsten Abschnitt.

39) Vgl. Kegel, IPR, S. 236 f.

40) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 369; ebenso Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 103 f.

41) Vgl. BGHZ 50, 370 (376); BGHZ 54, 123 (129); BGHZ 56, 180 (191); BGHZ 64, 19 (29).

Die gegenwärtige Diskussion um die inhaltliche Bestimmung des ordre public ist vor allem von dem Problem der Berücksichtigung der Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts geprägt. Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sah die herrschende Meinung die Reichweite der Grundrechte durch die Anknüpfungsregeln des Kollisionsrechts begrenzt [42]. Dem hatte sich trotz einiger Gegenstimmen auch die Rechtsprechung angeschlossen [43]. Allenfalls im Rahmen des ordre public und auch hier nur in extremen Ausnahmefällen sollten die Grundrechte das Eingreifen der Vorbehaltsklausel auslösen. Ihren besonderen Ausdruck fand diese Haltung in der Entscheidung des BGH zur Beachtung des spanischen Verbots der Doppelehe gegenüber einem ledigen spanischen Nupturienten, der eine von einer reinen Inlandsehe rechtskräftig geschiedene deutsche Staatsangehörige zu heiraten wünschte [44].

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung, der ein der genannten BGH-Entscheidung entsprechender Sachverhalt zugrunde lag, diese Auffassung verworfen und fordert stattdessen, auch die "Anwendung des durch sie (die Kollisionsnormen) berufenen ausländischen Rechts im Einzelfall an den Grundrechten zu messen" [45]. Dabei verlangt das Bundesverfassungsgericht aber - entgegen anderslautenden Mei-

---

42) Vgl. Ferid, FS Dölle II, S. 119 ff., 142.; Gamillscheg, FS Nipperdey, S. 323 ff.; 327 f.; Beitzke, Grundgesetz und Internationalprivatrecht, S. 33 ff. mit der zustimmenden Besprechung von Ferid, FamRZ 1963, S. 58; Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 20 m.w.N.

43) Vgl. BGHZ 41, 136 BGHZ 42, 7; a.A. Fischer, NJW 1964, S. 1323; Wengler, JZ 1964, S. 221 ff.; ders., JZ 1965, S. 100 ff.; Dieckmann, JuS 1966, S. 99 ff.; Stöcker, JR 1965, S. 456 ff.; Sturm, Zur Gleichberechtigung im deutschen IPR.

44) BGHZ 41, 136; auf kollisionsrechtlich-immanenter Basis (Vorfrage, Rechtskraftwirkung) angegriffen vor allem von Kegel/Lüderitz, FamRZ 1964, S. 59 ff.; vgl. hierzu auch K. Müller, RabelsZ 36 (1972), S. 60 ff.

45) BVerfGE 31, 58, 2. Leitsatz.

nungen [46] - keine Prüfung, die eine Differenzierung hinsichtlich der Besonderheiten des Sachverhalts mit Auslandsbezug ausschließt. Vielmehr soll seiner Meinung nach durch Auslegung der jeweils berührten Verfassungsnormen festgestellt werden, ob sie "nach Wortlaut, Sinn und Zweck" eingreifen oder "ob sie bei Sachverhalt mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung eine Differenzierung zulassen oder verlangen" [47]. Als relevanter Gesichtspunkt soll auch "die Gleichstellung anderer Staaten und die Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnung" berücksichtigt werden [48]. Den dogmatischen Weg zur Umsetzung dieser Forderung in das Kollisionsrecht hat das Bundesverfassungsgericht offengelassen [49].

Die Entscheidung ist im konventionellen IPR auf heftige Kritik gestoßen und hat zu erheblicher Verwirrung geführt, die z.T. heute noch anhält [50]. Drei Grundströmungen lassen sich feststellen: Die herrschende Meinung will die Grundrechte unverändert über die Vorbehaltsklausel berücksichtigen, wobei betont wird, daß auf diesem Wege einzelne Konkretisierungen, also im Ergebnis spezielle Kollisionsnormen, nicht ausgeschlossen sind.

---

46) Vgl. Sturm, StAZ 1973, S. 292 ff., 293; Raape-Sturm, IPR, S. 208 f.
47) BVerfG, a.a.O., S. 77.
48) a.a.O., S. 87, vgl. auch a.a.O., S. 74, 77.
49) Es hielt im konkreten Fall sowohl eine andere Vorfrageanknüpfung, den Vorrang der Gestaltungskraft des Scheidungsurteils, ein Eingreifen des ordre public als "Einfallstor" der Grundrechte und die direkte Entwicklung einer Grundrechtskollisionsnorm für mögliche Wege der verfassungskonformen Korrektur der angegriffenen Entscheidung; vgl. a.a.O., S. 86; zu den beiden letztgenannten Möglichkeiten vgl. a.a.O., S. 74.
50) Vgl. insbesondere RabelsZ 36 (1972), S. 1 ff. mit Beiträgen von Henrich, Jayme, Kegel, Lüderitz, Makarov, K. Müller, Neumayer, Siehr, Wengler und Neuhaus; vgl. auch Lockemann, NJW 1976, S. 1004 ff. und Müller-Freienfels, FS Kegel, S. 55 ff. zur Rechtsprechung nach dem Urteil des BVerfG; ein Teil der Verwirrung beruht auch darauf, daß das BVerfG auch eindringlich auf das Erfordernis der Grundrechtskonformität der Kollisionsnormen hingewiesen hat, vgl. hierzu Henrich, RabelsZ 38 (1974), S. 490 ff.; Kropholler, FamRZ 1976, S. 316 ff.

Vorherrschend ist aber trotz der Forderung des Bundesverfassungsgerichts, in diesem Fall Art. 30 EGBGB zum "Einfallstor" der Grundrechte umzugestalten, die Mahnung zur Zurückhaltung [51]. Diesem Weg hat sich die Rechtsprechung angeschlossen [52]. Ebenfalls über den ordre public, aber in sehr viel größerem Umfang will Sturm die Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts berücksichtigt wissen. Wie schon oben erwähnt, sieht er hierbei im Ergebnis im Gegensatz auch zum Bundesverfassungsgericht keine Möglichkeit zur Differenzierung z.B. nach Maßgabe des jeweiligen Auslandsbezuges [53]. Ein Teil der Lehre schließlich fordert a priori die Entwicklung eigener verfassungsrechtlicher Kollisionsnormen, die primär aus den Verfassungsnormen selbst zu entwickeln seien [54].

Die Konkretisierung der Reichweite der Grundrechte über Art. 30 EGBGB ist m.E. vorzuziehen. Einerseits zeigt das hier vorliegende Problem einige Parallelen zur allgemeinen Frage der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht auf, so daß es wünschenswert ist, den dort eingeschlagenen Weg der mittelbaren Drittwirkung vor allem über die Generalklausel auch im IPR zu gehen [55]. Andererseits ist auf diese Weise die im derzeitigen

---

51) Vgl. Kegel, IPR (3. Aufl.), S. 212; ders., IPR (4. Aufl.), S. 241 f.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 378 ff.; Palandt-Heldrich, vor Art. 7, Bem.

52) Vgl. BGH NJW 1972, 1619; BGHZ 60, 68 (78).

53) Vgl. Raape-Sturm, IPR, S. 206 ff.; Sturm, FamRZ 1972, S. 16 ff.; ders., StAZ 1973, S. 292 ff.; ders., NJW 1965, S. 2121; Zur Zurückhaltung gegenüber dieser extensiven Ausdeutung der Grundrechte mahnt aus öffentlich-rechtlicher Sicht auch v. Ohlshausen, DVBl. 1974, S. 652.

54) Vgl. Bernstein, NJW 1965, S. 2273; Becker, NJW 1971, S. 1491; Wengler, JZ 1964, S. 621; ders., JZ 1965, S. 100.

55) Vgl. statt vieler Maunz-Dürig, Art. 3 Abs. I, Nr. 505 ff., insbesondere 510; vgl. jüngst auch Sandrock, FS Mann, S. 267 ff., der einseitige Kollisionsnormen nur in den s.E. wenigen Fällen des unmittelbaren staatlichen Mitwirkens für notwendig hält, im übrigen ebenfalls auf die mittelbare Drittwirkung hinweist.

Stadium notwendige Flexibilität gewährleistet, die bei der Festlegung unmittelbarer Kollisionsnormen durch die Rechtsprechung schnell verlorengehen würde. Schließlich deckt sich die Funktion, die die Vorbehaltsklausel hier übernimmt, nämlich die Verfeinerung des Kollisionsrechts - hier aus der verfassungsrechtlichen Perspektive - mit der Aufgabe, die sie auch im Hinblick auf das materielle Recht übernehmen sollte.

Für die genauere Bestimmung des Inhalts der Vorbehaltsklausel sind verschiedentlich auch internationale Maßstäbe vorgeschlagen worden. So hat Aubin darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung zum ordre public in einigen Fällen die entsprechenden Regelungen in anderen Rechtsordnungen rechtsvergleichend heranzieht [56].

Aubin sieht hierin die Feststellung eines "Regelungsstandards" innerhalb eines Referenzkreises, der aufgrund zivilisatorischer, sozialethischer oder ideologischer Kriterien gebildet wird. Stimmt die inländische Regelung mit dem internationalen Standard überein, dann soll das Eingreifen der Vorbehaltsklausel gerechtfertigt sein; ist dies nicht der Fall oder läßt sich ein einheitlicher Regelungsstandard nicht feststellen, ist ihr Eingreifen ausgeschlossen. Als atypische Fallgruppe sieht Aubin die Fälle, in denen die anzuwendende Norm auf ihre Übereinstimmung oder zumindest Teilübereinstimmung mit den Regelungen des gewählten Rechtskreises geprüft wird. Hier soll bei Übereinstimmung (die inländische Norm weicht vom Regelungsstandard ab) oder Teilübereinstimmung (ein einheitlicher Regelungsstandard ist nicht feststellbar) ein Eingreifen der Vorbehaltsklausel verneint werden [57]. Zutreffend weist Aubin darauf hin, daß diese rechtsvergleichende Ausrichtung an

---

56) Vgl. Aubin, Die rechtsvergleichende Konkretisierung, S. 109 ff.
57) Vgl. Aubin, a.a.O., S. 114 ff.

einen internationalen Regelungsstandard nur ein Gesichtspunkt der Entscheidung ist und sein kann.

Selbst die von Aubin vorgeschlagene "Leitfunktion" dieses rechtsvergleichenden Wegs ist sehr zweifelhaft [58]. Die Rechtsprechung benutzt ihn nur sehr selektiv, zudem muß die Wahl des Referenzkreises wie die Bestimmung eines Regelungsstandards in diesen Fällen häufig auf Bedenken stoßen [59]. Letztlich aber ist auch hier entscheidend die Frage nach der Funktion der Vorbehaltsklausel. Nimmt sie, wie hier vorgeschlagen wird, an der allgemeinen Aufgabe des Kollisionsrechts, nämlich der sachgerechten Abgrenzung der eigenen und gegebenenfalls der Bestimmung einer anderen Rechts- und Sozialordnung teil, so kann es auf einen materiellen internationalen Regelungsstandard grundsätzlich nicht ankommen. Lediglich in den Fällen, in denen eine Zuordnung aufgrund der Gleichgewichtigkeit der auseinanderstrebenden Anknüpfungsmomente nicht möglich ist, kann dies unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Comitas von Bedeutung sein.

Nur hingewiesen werden kann hier auf die verschiedenen Versuche, für den ordre public des IPR aus dem Völkerrecht, dem Europarecht oder der Menschenrechtskonvention bestimmte Inhalte zu entnehmen [60]. Ebensowenig wie für das

---

58) Vgl. Aubin, a.a.O., S. 122 f.

59) Vgl. z.B. das auch von Aubin herangezogene Urteil OLG Frankfurt IPRspr. 1956/57 Nr. 5; "europäisches Rechtsdenken", "weiter Kulturkreis"; gerade im Familienrecht kann bei der sehr unterschiedlichen religiösen oder laizistischen Ausrichtung der einzelnen Rechtsordnungen kaum auf einen gesamt-europäischen Referenzkreis abgestellt werden, da in dieser Frage keine gemeinsamen sachbezogenen inhaltlichen Merkmale, die diesen Referenzkreis als legitim und geeignet erscheinen lassen, angegeben werden können.

60) Vgl. Jaenicke, Zur Frage des internationalen ordre public; v. Brunn, NJW 1962, S. 985; Reichelt, ZfRvgl. 1975, S. 217; Bleckmann, ZauslöffRVR 34 (1974), S. 112 ff. will sogar aus dem Völkerrecht zwingende Maßstäbe für die Anwendung des § 138 BGB herleiten.

Kollisionsrecht insgesamt können für die Handhabung des ordre public hieraus zwingende Schlußfolgerungen gezogen werden. Nur erwähnt werden soll auch der merkwürdige Vorschlag Stöckers, den ordre public als Instrument zum Schutz und zur Durchsetzung einer "universalen" Rationalität, die Stöcker einer von allen soziologischen, rechts- und sozialpolitischen Bedingungen losgelösten "Privatrechtskonformität" gleichsetzt, zu benutzen [61].

Eine zusätzliche Schwierigkeit bei der Konkretisierung des ordre public-Vorbehalts ist die Folge des § 328 Nr. 4 ZPO, der wortgleich mit Art. 30 EGBGB den Vorbehalt auch gegenüber der Anerkennung ausländischer Urteile geltend macht. Nach der herrschenden Meinung fällt aber unter diesen Vorbehalt auch das Problem der Beachtung tragender inländischer Verfahrensprinzipien wie z.B. das des Anspruchs auf rechtliches Gehör [62]. Dies sollte jedoch nicht dazu führen, den Unterschied zwischen diesem verfahrensrechtlichen ordre public und dem materiell-rechtlichen (hier im Gegensatz zum Prozeßrecht) ordre public zu verkennen.

Bei diesem geht es um die Frage, ob die im Urteil angeordnete Rechtsfolge oder Gestaltung, das zugrunde liegende materielle

---

61) Vgl. Stöcker, RabelsZ 38 (1974), S. 79 ff.; ders., StAZ 1968, S. 33 ff. Echtes Privatrecht zeichnet sich nach Stöcker dadurch aus, daß es einen Kernbereich von Normen enthalte, "der zeitlich und räumlich nicht fixiert werden kann, weil es den Menschen als die geschichtliche Abstraktion eines selbstgesetzgebenden Individuums zum Bezugspunkt nehmen". Diese Privatrechtskonformität bewertet Stöcker aber zumeist vom Standpunkt des deutschen Rechts, z.B. im Scheidungsrecht und im Unterhaltsrecht. Zu Stöcker vgl. auch Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im IPR, S. 65 FN 185 a; Raape-Sturm, IPR, S. 202.

62) Vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, ZPO, § 328 Anm. VII; Baur, FS Guldener, S. 1 ff., 4; BGHZ 48, 327, BGHZ 53, 357.

Recht und - nach der hier vertretenen Ansicht - die Rechtswahl für die inländische Rechtsordnung akzeptabel ist. Beim verfahrensrechtlichen ordre public ist die Frage, ob eine Gleichstellung mit einem inländischen Urteil aufgrund des Verfahrensablaufs überhaupt vertretbar ist, da hiermit in der Regel der Rechtsweg versperrt ist und auf eine Sachprüfung vor der Durchsetzung der angeordneten Rechtsfolgen mit staatlichen Zwangsmitteln verzichtet wird. Die ausgesprochene Rechtsfolge, das angewandte materielle Recht und die Rechtswahl sind hierbei ohne Belang [63].

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Frage der Beachtung inländischer Verfahrensprinzipien nicht unter einem besonderen Erfordernis des "justizförmigen Verfahrens" geprüft werden sollte [64] oder der geläufige Begriff des verfahrensrechtlichen ordre public beibehalten werden kann. Die Unterschiede verhindern jedenfalls, daß von der Funktion des verfahrensrechtlichen ordre public auf die des kollisionsrechtlichen ordre public geschlossen werden kann. Zum Beispiel haben für die Konkretisierung des verfahrensrechtlichen ordre public die Kategorien der positiven und negativen Wirkung und des Inlandsbezugs keine Bedeutung [65].

---

63) Wie hier auch Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 43 f.
64) So Roth, a.a.O.
65) Dies wird besonders deutlich bei der m.E. zutreffenden Konkretisierung, die Baur, a.a.O., S. 14 f., dem verfahrensrechtlichen ordre public gegeben hat.

§ 14

Die Struktur des ordre public im konventionellen IPR - seine positive und negative Wirkung

Der erste Problemkreis, der an einer Charakterisierung des Art. 30 EGBGB als (fast) ausschließlich inhibierende Norm zweifeln läßt, ist die Frage nach seiner positiven oder negativen Wirkung im Hinblick auf die Anwendung inländischen Rechts.

Wie bereits dargestellt, lag der Formulierung des Art. 30 EGBGB im Gesetzgebungsverfahren auch die Vorstellung der Durchsetzung inländischer Normen, denen aus sittlichen, ökonomischen, polizeilichen oder sozialen Gründen eine international zwingende, absolute Geltung zugeschrieben wurde, zugrunde. Diese Lehre von den prohibitiven Normen schloß somit die Rechtswahlfreiheit, d.h. die Frage nach Anknüpfungskriterien von vornherein aus und beinhaltete eine positive Funktion des Art. 30 EGBGB außerhalb des Systems der Kollisionsnormen.

Die Überwindung dieser Auffassung hat jedoch schon v. Bar eingeleitet. Seine Auffassung, daß es bei dem Savigny'schen Vorbehalt nur um die Abwehr der zu uns "herüberragenden Zweige und Äste" des "Stammes" des ausländischen Rechts gehe, nur die Wirkung fremder Rechtsregeln zu beschränken sei, mußte der Vorstellung absolut zwingender Normen den Boden entziehen [66]. Kahn zeigte die Parallelen der Lehre von den Prohibitivnormen mit der romanischen Theorie des ordre public auf, die in Deutschland keine Zustimmung gefunden hat [67]. Zitelmann schließlich hält die Differenzierung zwischen der

---

66) Vgl. v. Bar, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 128 f.
67) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 161 ff., besonders S. 246 ("verkleinertes Abbild").

Nichtanwendung fremden Rechts und der Anwendung des eigenen Rechts nur für eine Frage des Akzents, wählte aber als den umfassenden Begriff - auch wegen der Ausnahmenatur des Vorbehalts - den der Nichtanwendung fremden Rechts [68]. Deutlich wird der Wandel der Rechtsauffassung besonders in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die sich - mit Ausnahme einer Entscheidung des BGH [69] - nur in den frühen Entscheidungen des Reichsgerichts mit der Frage einer international zwingenden Geltung inländischer Sachnormen auseinandersetzt [70]. Seit Beginn des Jahrhunderts steht also der inhibierende Charakter des ordre public im Vordergrund, ohne daß sich jedoch die Auffassung einer ausschließlich negativen Funktion des ordre public hätte durchsetzen können.

Allerdings beschränkt ein Teil der Lehre die Funktion des ordre public ausschließlich auf die Beachtung überpositiver inländischer Rechtsgrundsätze und rechtlicher Grundwerte, die der Idee der Gerechtigkeit oder der materiellen Wertethik entnommen werden sollen [71]. Die Anwendung einzelner Normen des inländischen Rechts entgegen der Rechtswahl der Kollisionsnormen wird hier dem Wirkungsbereich des ordre public entzogen und auf "versteckte" Kollisionsnormen oder die Lehre von der Sonderanknüpfung zurückgeführt. Der ordre public hingegen sei keine Kollisionsnorm, sondern "ein gesetzlicher

---

68) Vgl. Zitelmann, IPR I, S. 326 f.

69) BGHZ 39, 173, in der "international-zwingendes Recht" und ordre public nebeneinander geprüft werden, dies in einem Fall (Überführung eines französischen Registerpfandrechtes in ein deutsches Sachenrechtsinstitut), der eher Angleichungsfragen stellte, die jedoch nicht aufgeworfen werden.

70) Vgl. z.B. RGZ 12, 309; RGZ 19, 7; seit RGZ 60, 296 nicht mehr erwähnt.

71) Vgl. Neumayer, FS Dölle II, S. 179 ff., 205 ff.; Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 89; ders., NJW 1967, S. 134.

Vorbehalt gegen Kollisionsnormen" [72].

Neben dem Ausnahmecharakter der Vorbehaltsklausel, dem nach dieser Meinung nur die negative Funktion entsprechen könne [73], wird vor allem auf das methodische Vorgehen abgehoben. Während das Eingreifen des ordre public auf einem Vergleich des inländischen mit dem ausländischen Recht beruhe, komme ein derartiger Vergleich bei der Rechtswahlfrage nicht in Betracht. Insbesondere sei die Art des richterlichen Kognitionsverfahrens unterschiedlich. "Die international unnachgiebigen Normen werden kraft des in der (versteckten) Verweisungsnorm enthaltenen Gesetzesbefehls angewandt. Hier hat der Richter nur zu subsumieren. Bei der Vorbehaltsklausel schiebt sich ein Wertungsprozeß ein: Der Richter hat den Inhalt des fremden Rechtssatzes auf seine Verträglichkeit mit seiner eigenen Rechtsordnung zu prüfen." [74] Schließlich wird darauf verwiesen, daß bei Eingreifen des ordre public die damit entstehende Regelungslücke, sofern es nicht bei der Zurückverweisung der ausländischen Sachnormen sein Bewenden haben könne, primär wiederum aus dem ausländischen Recht zu schließen sei [75].

72) So Neumayer, a.a.O., S. 205.

73) Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 70 ff., schließt allein vom Ausnahmecharakter der Vorbehaltsklausel auf seine negative Funktion, seine absolute Geltung und seine Anwendung als Wertungsvorgang. Roth selbst räumt ein, daß dem "in gewisser Weise" eine petitio principii zugrunde liegt, a.a.O., S. 70.

74) Neumayer, a.a.O., S. 205.

75) Vgl. Neumayer, a.a.O., S. 191; dies entspricht der h.M., vgl. Staudinger-Raape, Art. 30, Anm. B II, G; Nußbaum, Grundzüge, S. 69; Wolff, IPR, S. 70; Erman-Arndt, Art. 30, Rdnr. 16; Palandt-Heldrich, Art. 30, Anm. 4; RGZ 106, 82; ähnlich Kegel, IPR, S. 243 ("so wenig wie möglich in das ausländische Recht eingreifen", daher "Ausbildung von Sachnormen im deutschen IPR"); a.A. Ferid, IPR, S. 68, ausländisches Recht nur, wenn die ausgeschaltete Norm Ausnahme eines (akzeptablen) Prinzips des ausländischen Rechts; Raape-Sturm, IPR, S. 219 f.; a.A. ebenfalls Battifol/Lagarde, Droit international privé, Nr. 364; vermittelnd (von Fall zu Fall) mit Heranziehung auch eines subsidiären gemeinen Rechts, der Ersatzanknüpfung und allgemeiner Rechtsgrundsätze, Neuhaus, Grundbegriffe, S. 388 ff.

Auch die herrschende Lehre sieht die inhibierende negative Funktion des ordre public im Vordergrund, ohne ihn jedoch auf Grundwerte zu beschränken oder eine positive Funktion völlig auszuschließen. Ein Teil der Lehre, namentlich Dölle und Raape, verbindet mit dem Begriff des Zweckverstoßes eine positive Wirkung, bei der auch von "versteckten" Kollisionsnormen geredet werden könne [76]. Im Widerspruch hierzu wird jedoch, oft unmittelbar im Anschluß an diese Auffassung, unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter des ordre public und die Notwendigkeit, die entstehende Lücke möglichst aus dem ausländischen Recht zu schließen, die rein inhibierende Funktion des Vorbehalts betont [77].

Bei Kegel, der zu dieser Frage nicht expressis verbis Stellung nimmt, steht die negative Wirkungsweise im Vordergrund, da er die Funktion des ordre public in erster Linie in der Vermeidung materiell-rechtlicher untragbarer Ergebnisse bei prinzipiell vorrangiger international-privatrechtlicher Gerechtigkeit sieht [78]. Eine positive Funktion des Vorbehalts findet sich bei Kegel nur dort, wo ihm die Durchsetzung politischer oder wirtschaftlicher Interessen, sogenannter Machtinteressen aufgegeben wird. Hierfür sieht Kegel aufgrund der Entwicklung öffentlich-rechtlicher Kollisionsnormen aber kaum noch Raum [79].

Lediglich Siehr betont die positive Funktion des ordre public [80]. Er weist auf den strukturellen Zusammenhang zwischen positiver und negativer Funktion hin. Seiner Meinung

---

76) Vgl. Dölle, Der ordre public, S. 407 = 99; Staudinger-Raape, Art. 30, Anm. F II.
77) Vgl. Dölle, a.a.O., S. 408 = 100 f.; Staudinger-Raape, Art. 30, Anm. B II, G.
78) Vgl. Kegel, IPR, S. 236 f.
79) Vgl. a.a.O., S. 238.
80) Vgl. hierzu und zum folgenden Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 93 ff.; zur Kritik dieser Theorie vgl. schon Kap. 4 a.E.

nach beruht der Ausschluß des fremden Rechts immer darauf, daß sich ein entgegenstehender inländischer Rechtssatz durchsetzt. Dieser könne aus einer konkreten positiven Rechtsregel bestehen oder aber aus einem ad hoc gebildeten, im wesentlichen verbietenden Rechtssatz, der aus einer Generalklausel oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen konkretisiert wird. Sehe man dieses Ergebnis im Vordergrund, so ergebe sich zugleich, daß dem ordre public nur eine deklaratorische Funktion als hermeneutisches Hilfsmittel zugesprochen werden könne, während die Rechtsanwendung aufgrund einer "versteckten Kollisionsnorm", des eigenen "Geltungswillens" der Sachnorm, der durch Interpretation zu ermitteln sei, erfolge.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung scheint ebenfalls von einer inhibierenden Funktion des ordre public auszugehen, wie die Formel des Reichsgerichts [81] oder die neue Formel des BGH, daß das Eingreifen des ordre public davon abhänge, ob "das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihr liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es von uns für untragbar gehalten wird" [82], andeuten. Dies hindert jedoch nicht, daß bei der konkreten Argumentation im Einzelfall Bedeutung, Zwecksetzung oder Reichweite der einschlägigen ausländischen Normen in den Mittelpunkt der Begründung rückt.

Schon der Leitsatz der Reichsgerichtsentscheidung, die die oben genannte Formel schuf, belegt, daß hiermit eine positive

---

81) Aufgestellt in RGZ 60, 296: "... Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen dieses Recht und auf welchen das konkurrierende Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde".

82) BGHZ 50, 370.

kollisionsrechtliche Funktion nicht ausgeschlossen werden sollte, auch wenn im Ergebnis die gestellte Frage verneint wurde: "Bildet § 25 Abs. 1 HGB eine Kollisionsnorm im Sinne des Art. 30 Einf.-Ges. zum BGB gegenüber dem an sich anzuwendenden ausländischen Recht, wenn ...?" [83]. Ebenso kommt die Entscheidung des BGH vom 21. November 1958 zum immateriellen Schadensersatzanspruch der verlassenen Braut erst nach ausführlicher Würdigung von Sinn, Zweck und Bedeutung des § 1300 BGB und dem sich hieraus ergebenden notwendigen Inlandsbezug zur Anwendung des Art. 30 EGBGB [84]. Ähnlich wägt die Entscheidung des BGH vom 20. Dezember 1972 zur Regelung der elterlichen Gewalt das Interesse des inländischen Elternteils an der Durchsetzung der Gleichberechtigung nach Art. 3 Abs. 2 GG und des ausländischen Elternteils an Beibehaltung und Anwendung seines Heimatrechts gegeneinander ab [85]. Trotz dieser Ansatzpunkte für eine positive Funktion des ordre public beruft sich jedoch die Rechtsprechung zusammenfassend meist auf die Tragbarkeit oder Untragbarkeit der Anwendung des ausländischen Rechts, stellt also hierbei die abwehrende Aufgabe des ordre public in den Vordergrund [86].

§ 15

Anknüpfung und ordre public - zur Relativität des Vorbehalts

Der zweite Problemkreis, der die Ausschließung der Vorbehaltsklausel aus dem eigentlichen kollisionsrechtlichen Bereich

---

83) a.a.O., FN 81.
84) BGHZ 28, 375 (382 ff.)
85) BGHZ 60, 68 (79)
86) Eine sehr viel deutlichere Betonung der positiven Wirkung, nämlich zur Durchsetzung einer Norm zum Schutz der innerstaatlichen Sozialordnung unter Verzicht auf die Prüfung der Untragbarkeit im konkreten Einzelfall findet sich jetzt in der Entscheidung BGH NJW 1979, 488 zu § 764 BGB; vgl. hierzu auch Lüer, JZ 1979, S. 171 ff. und Wengler, JZ 1979, S. 175 ff.

fragwürdig werden läßt, ist der nach überwiegender Ansicht zum Eingreifen des ordre public erforderliche Inlands- oder Binnenbezug, die sogenannte Relativität des ordre public.

Schon mit der oben dargestellten Ansicht v. Bars mußten die konkreten Umstände des Einzelfalls und damit die neben den von den Kollisionsnormen genannten Anknüpfungspunkten gegebenen Bezugspunkte des Sachverhalts zum Inland in den Kreis der zu berücksichtigenden Faktoren Eingang finden. Schon Zitelmann hat dementsprechend die Notwendigkeit einer besonderen Beziehung zur eigenen Rechtsordnung als Voraussetzung des ordre public erkannt: "In dem Fall, den die Vorbehaltsklausel trifft, liegt zwar die rechtfertigende staatliche Beziehung nicht zu unserem, sondern zu einem fremden Staate vor; zugleich hat aber die Frage eine andere - grundsatzmäßig freilich unerhebliche - Beziehung zu unserem Staate, und wenn unser Recht diese Beziehung auch nicht als stark genug erachtet, um seine eigene Rechtsordnung ihretwegen auf einen solchen Fall schlechthin für anwendbar zu erklären, so schafft sie doch ein großes Interesse an dem Fall, daß wenigstens wo Notwehrlage gegeben ist, also bei Unsittlichkeit des fremden Rechts, eine Korrektur eintritt." [87]

Das Erfordernis eines speziellen Inlandsbezugs, der nur selten zugleich mit der internationalen Zuständigkeit gegeben ist, hat zwar fast allgemein Zustimmung gefunden - lediglich Sturm hält ihn bei Abweichungen von der herrschenden inländischen Rechts- und Sittenordnung einschließlich der Grundrechte für völlig unerheblich [88] - jedoch mit sehr unterschiedlichen Akzentuierungen. So hat Melchior ihn nur für dort notwendig erachtet, wo die Vorbehaltsklausel entweder aufgrund eines Zweckverstoßes oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten in

---

87) Zitelmann, IPR I, S. 356 f.
88) Vgl. Raape-Sturm, IPR, S. 210, 218.

ihrer "permissiven", d.h. anspruchsbegründenden Funktion eingreift, nicht aber dort, wo ausländisches Recht wegen eines Sittenverstoßes von der Anwendung lediglich ausgeschlossen wird [89]. Nach einer vielfach vertretenen Auffassung soll auch die Eingriffsschwelle des ordre public bei Vorfrage und Hauptfrage unterschiedlich hoch sein bzw. die Vorbehaltsklausel nur bei einer Hauptfrage eingreifen [90]. Allerdings dürfte der eigentliche Grund hierfür darin liegen, daß die Inlandsbeziehungen bei der Vorfrage häufig geringer sind [91]. Vereinzelt ist auch eine umgekehrte Proportionalität zwischen der Stärke des jeweiligen Inlandsbezuges und dem Grad der Abweichung des ausländischen Rechts behauptet worden. Je weniger das ausländische vom inländischen Recht abweiche, umso stärker müsse der konkrete Inlandsbezug sein, soll der Vorbehalt eingreifen [92]. Einer solchen Konkretisierung des jeweils notwendigen Inlandsbezugs dürfte jedoch im Wege stehen, daß sich die Unterschiede der inländischen und ausländischen Regelungen nur in den wenigsten Fällen quantifizieren lassen [93].

Erhebliche Differenzen bestehen in der Lehre vor allem hinsichtlich des Verhältnisses des Inlandsbezuges beim ordre public zu den Anknüpfungspunkten der Kollisionsnormen, nämlich ob er lediglich als "Wertungselement" oder (auch) als Anknüpfungselement gesehen werden kann. Auch der Teil der Lehre, der dem ordre public nur eine negative Funktion zum

---

89) Vgl. Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPR, S. 333, 343.
90) Vgl. Zitelmann, IPR I, S. 355 ff.; Melchior, a.a.O., S. 331; Kegel, IPR, S. 240; a.A. Staudinger-Raape, Art. 30 D III 1; Raape-Sturm, IPR, S. 216.
91) So auch Raape-Sturm, a.a.O.
92) Vgl. Dölle, IPR, S. 107; Kegel, IPR, S. 239; Meise, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel, S. 104.
93) Sturm, in: Raape-Sturm, S. 217, bezeichnet diese These als "Magie".

Schutz der unabdingbaren inländischen Rechtsgrundsätze und Grundwerte zuschreibt, hält den Inlandsbezug für einen wesentlichen Gesichtspunkt. Obwohl nach dieser Ansicht die Werte an sich absolut gelten, soll die Inlandsbeziehung in die Wertung als eine der konkreten Umstände des Einzelfalls mit eingehen, jedoch nicht als Anknüpfungselement gesehen werden [94]. Ähnlich will Meise die Bezugspunkte zur inländischen Rechtsordnung nur unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung der öffentlichen Ordnung würdigen, sieht aber hierin keine Verwandtschaft mit den gewöhnlichen Anknüpfungspunkten [95].

Wengler bezeichnet den jeweils notwendigen Inlandsbezug als "negativen Anknüpfungspunkt" [96]. Er sieht im ordre public eine spezielle Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, mit der eine abweichende Regelung eines einem reinen Inlandssachverhalt gleichen oder hinreichend ähnlichen Sachverhalts mit Auslandsbezügen verhindert werden soll [97]. Der ordre public wird zu einer "negativen" Kollisionsnorm, bei der - methodisch ähnlich

---

94) Vgl. Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 94 f.

95) Vgl. Meise, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel, S. 97 ff.; Meise sieht die Funktion des ordre public ausschließlich in der Bewahrung der "inländischen öffentlichen Ordnung" vor Verletzungen durch die Anwendung allzu stark abweichenden ausländischen Rechts, also in einer negativen Funktion. Vgl. auch seine Stellungnahme zu Kahn, a.a.O., S. 88 ff.; allerdings wird der Begriff der "öffentlichen Ordnung" nirgends näher erläutert. Vgl. auch Wuppermann, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public, S. 28 ff., der seinerseits das Vorhandensein (irgendeines) Inlandsbezuges als Voraussetzung des Eingreifens des ordre public überhaupt ansieht, die Frage der Relevanz ihrer (der Binnenbeziehungen) Dichte zur Annahme des ordre public-Verstoßes als nachrangiges Anwendungsmerkmal bei der Bewertung insgesamt heranziehen will.

96) Vgl. Wengler, Rec. des Cours 104 (1961 III), S. 273 ff., 433.

97) Vgl. Wengler, a.a.O., S. 431 ff.; ders., Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, S. 289 ff.

wie bei der Bestimmung des in einem Vertragsverhältnis anwendbaren Rechts bei fehlender Parteivereinbarung - alle konkreten Bezugspunkte auf ihre Funktion als "negative Anknüpfungspunkte" überprüft werden müssen. Die lex fori erhält somit einen dreifachen Anwendungsbereich:

1. Für reine Inlandssachverhalte;

2. für Sachverhalte mit Auslandsberührung einen unbedingten, durch die normalen Anknüpfungsmomente bezeichneten Anwendungsbereich;

3. einen durch die Unerträglichkeit des ausländischen Rechts bedingten und die negativen Anknüpfungsmomente bezeichneten Anwendungsbereich [98].

Noch näher an die Anknüpfungsmomente der Kollisionsnormen rückt Neuhaus den notwendigen Inlandsbezug bei Eingreifen des Vorbehalts. Sowohl für die positive wie die negative Funktion des ordre public ist seines Erachtens eine Inlandsbeziehung erforderlich, die "einerseits nicht als Anknüpfungsmoment einer regulären Kollisionsnorm formuliert ist und daher nicht ohnehin zur Anwendung inländischen Rechts führt, andererseits aber den Kern der jeweiligen Rechtsfrage berührt und deshalb einem Anknüpfungsmoment entsprechen könnte" [99].

Die Auffassung schließlich, daß es sich bei der jeweiligen Inlandsbeziehung um spezielle Anknüpfungsmomente handelt, hat schon Kahn vertreten [100]. Seine Auseinandersetzung mit der romanischen Theorie vom ordre public und der Lehre von den

---

98) Vgl. Wengler, Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, S. 290.
99) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 366 f.
100) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 161 ff.

Prohibitivgesetzen einschließlich der Abwandlungen von v. Bar und Zitelmann, wonach es auf die Anwendung des Rechtssatzes, nicht diesen selbst ankomme, führt ihn zu der Schlußfolgerung, daß sich hier nur "der noch unerkannte und der noch unfertige Teil des internationalen Privatrechts" verbirgt. Formulierungen wie die des Art. 30 EGBGB seien völlig farblose Sätze, denen man bestenfalls, aber auch überflüssigerweise noch die Bestätigung entnehmen könne, daß die Regel "lex specialis derogat legi generali" auch für das Kollisionsrecht gilt. Kahn wirft der zeitgenössischen Lehre vor, sie sei, anstatt Savignys Lehre zu verbessern, bei dem Glauben stehengeblieben, "es komme in der Hauptsache nur auf die Prüfung des sachlichen Inhalts bestimmter Gesetze von ganz besonderer Art an ..." [101].

Kahn verwirft den Gedanken einer Vorbehaltsklausel völlig und verweist auf die Entwicklung spezieller Kollisionsnormen, gegebenenfalls mit mehrfachen, vom Inhalt der ausländischen Rechtsordnung abhängigen Anknüpfungen unter Verzicht auf eine vollständige internationale Entscheidungsharmonie [102]. Wie schon erwähnt, hält Kahn die "allgemeinen und allgemeinsten" Kollisionsnormen für subsidiär, also offen für die Bildung spezieller Kollisionsnormen, und relativ, d.h. nur "auf einen mehr oder weniger bestimmt umschlossenen Kreis von Sachnormen" bezogen. Der Grundgedanke Kahns ist, "daß Sachnormen, welche einen anderen Punkt der gesellschaftlichen Ordnung als den von einer allgemeinen Kollisionsnorm ins Auge gefaßten, berühren, ihre Anknüpfung in jenem anderen Punkte suchen werden" [103]. In der neueren Lehre [104] folgt nur Siehr

---

101) Vgl. a.a.O., S. 182.
102) Vgl. a.a.O., S. 251 ff.
103) Vgl. a.a.O., S. 252 f.
104) Vgl. aus der älteren Literatur noch Fink, NiemayersZ XXIV (1914), S. 138 ff., der aber jedes Rechtsverhältnis, bei dem ausländisches Recht gegen den Zweck deutscher Gesetze verstoßen könnte, an inländisches Recht anknüpfen will und damit m.E. weit über das erforderliche Maß hinausgeht.

dem Ansatz Kahns, da für ihn auch die Frage des Inlandsbezugs Grundlage für die Annahme von der ausschließlich positiven Funktion und des bloß deklaratorischen Charakters des ordre public als hermeneutischer Hinweis auf "versteckte" Kollisionsnormen ist [105].

Auch zu dem Problem des Inlandsbezugs gibt eine Analyse der Rechtsprechung kein einheitliches Bild. Angesichts der Meinungsverschiedenheiten in der Lehre überrascht nicht, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verhältnis von Inlandsbezug beim ordre public zu den regulären Anknüpfungspunkten noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat, zumal dies für die jeweilige Einzelfallentscheidung keine unmittelbare Bedeutung hat. Zwar bezog schon das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen die Frage des Inlandsbezuges in die Argumentation zum ordre public mit ein, so, wenn in der Entscheidung vom 7.10.1884 noch auf der Grundlage der Theorie von den Prohibitivnormen eine güterrechtliche Vorschrift nicht für ausländische Ehegatten mit bloßem Aufenthalt, aber für die mit Wohnsitz im Inland für zwingend anwendbar erklärt wird [106]. Ebenso hat der BGH z.B. das Verbot des Erfolgshonorars nur für inländische Anwälte als maßgeblich erachtet [107] und stellt - der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgend - bei der Beurteilung von Grundrechtsverletzungen auf die im Einzelfall bestehenden Inlandsbeziehungen ab [108]. Die Unerheblichkeit eines auch starken Inlandsbezuges hat bislang der BGH nur einmal, in der Entscheidung aus dem Jahr 1964 zum Ehehindernis der Doppelehe (Spanierfall) ausdrücklich erklärt [109].

---

105) Vgl. Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 93 ff., 107.
106) RGZ 12, 309; vgl. ferner z.B. RGZ 63, 18; RGZ 119, 259.
107) BGHZ 22, 162; bestätigt in BGH IPRspr. 1956/57, Nr. 4,; vgl. auch BGHZ 44, 183 und BGHZ 51, 290, in denen jeweils besondere Inlandsbeziehungen vorlagen.
108) BGHZ 60, 68 (79).
109) BGHZ 41, 136.

Angesichts der Übereinstimmung des weitaus überwiegenden Teils der Lehre, daß jedenfalls eine Inlandsbeziehung erforderlich ist, ist jedoch erstaunlich, daß sie noch in jüngeren Entscheidungen des BGH keine Erwähnung findet, so z.B. in dem Urteil zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters [110], bei der Reichweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei Anerkennung ausländischer Urteile [111] - nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch eine Frage des ordre public - oder der Anwendung des § 817 BGB gegenüber hiervon abweichendem ausländischen Recht [112]. Dabei können nicht immer argumentationstaktische Überlegungen angenommen werden, da in den beiden letztgenannten Fällen die sehr geringen Inlandsbezüge die Entscheidung gestützt und die Begründung wesentlich vereinfacht hätten [113]. Dies deutet aber darauf hin, daß der Inlandsbezug als ein (zusätzliches) Element in der Prüfung des Art. 30 EGBGB akzeptiert wird, er aber nicht als spezieller Anknüpfungsfaktor und somit nicht als Tatbestandselement aufgefaßt wird.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß in Rechtsprechung und Lehre mit nur wenigen Ausnahmen die Annahme einer inhibierenden Funktion des ordre public im Einzelfall überwiegt, dies selbst dann, wenn auch eine positive Wirkung oder Funktion der Vorbehaltsklausel akzeptiert wird. Im übrigen scheint die Wissenschaft weitgehend zu resignieren. So wird trotz vielfachen

---

110) BGH IPRspr. 1960/61, Nr. 39.
111) BGHZ 48, 327.
112) BGH IPRspr. 1966/67, Nr. 5.
113) In BGHZ 48, 327, war ein amerikanischer Staatsangehöriger (Wohnsitz in Berlin) im Unterhaltsstreit mit seiner früheren englischen Frau wegen contempt of court (Nichtbefolgen einer einstweiligen Anordnung) vom High Court in London vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden; in BGH IPRspr. 1966/67, Nr. 5, stritten ein Belgier und ein Franzose um Ansprüche aus Devisentransaktionen nach belgischem oder französischem Recht in Francs und US-Dollar, die int. Zuständigkeit ergab sich aus § 23 ZPO.

Hinweises auf die Möglichkeit der Entwicklung spezieller Kollisionsnormen mit Hilfe der Vorbehaltsklausel, kaum ein entsprechender Versuch unternommen [114]. Jedoch kann hieraus nicht der Schluß gezogen werden, daß der ordre public hierfür untauglich ist [115]. Denn wie soll aufgrund eines Vorverständnisses, das die Vorbehaltsklausel als "Störenfried" ansieht, mit dem dem Kollisionsrecht eigentlich fremde Gesichtspunkte in die Entscheidung eingebracht und das zu "unparitätischen", gegen das Ideal der internationalen Entscheidungsharmonie verstoßenden Anknüpfungen führt, eine Integrierung in das Kollisionsrecht möglich sein? Schon die Dreiteilung des Entscheidungsprozesses - Rechtswahl (= Subsumtion), Rechtsanwendung und Überprüfung des Inhalts des ausländischen Rechts (= Wertung) - verhindert dies. Ob demgegenüber eine kollisionsrechtliche Auffassung von der Funktion des ordre public möglich, ja sogar erforderlich ist, ist Gegenstand des nächsten Kapitels.

---

114) Die von Kegel in Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 2 genannten Beispiele (Enteignung und Währungseingriffe) sind m.E. nicht einschlägig, da Grundlage hierfür die strikte "Territorialität", der Grundsatz der Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts und seine allmähliche Auflockerung ist, vgl. Zweigert, Internationales Privatrecht und öffentliches Recht.

115) So aber Sturm, in: Raape-Sturm, IPR, S. 201: "Aus dem Brutkasten, den manche im ordre public sehen, schlüpften nicht einmal mickrige Küken. Sollten alle Vorbehaltseier wegen impotentia generandi der IPR-Hähne unfruchtbar sein?"

6. Kapitel

Möglichkeiten einer kollisionsrechtlichen Funktion des ordre public

Dem ordre public eine kollisionsrechtliche Funktion zusprechen heißt, ihn nicht als Kontrollinstanz des Inhalts der ausländischen Sachnormen nach erfolgter Anknüpfung aufzufassen, sondern als Instrument zur Überprüfung und Korrektur dieser Anknüpfung selbst. Damit wird die Anwendung der Vorbehaltsklausel in einen engen Zusammenhang mit der Qualifikation gestellt, ihre Prüfung und Anwendung ist ebenfalls ein Qualifikationsvorgang. Dies bedeutet aber auch, daß die Dreiteilung der Struktur der kollisionsrechtlichen Entscheidung, wie sie die konventionelle Theorie vorsieht, entfällt. Die hier behauptete Funktion des ordre public im IPR läßt sich daher in die Thesen zusammenfassen:

1. Die Vorbehaltsklausel ist eine Kollisionsnorm.

2. Ihrer Konkretisierung im Einzelfall und ihrer Präzisierung in einzelne, spezielle Kollisionsnormen liegen die gleichen Gesichtspunkte zugrunde, die auch im Rahmen der Qualifikation relevant sind.

3. Ihre Prüfung und Anwendung kann nicht nach der eigentlichen kollisionsrechtlichen Entscheidung und der Anwendung des ausländischen Rechts erfolgen, sondern muß im Rahmen der Rechtswahlentscheidung selbst stattfinden.

Diese Thesen nehmen den Ansatz von Franz Kahn wieder auf [1]. Im Unterschied zu ihm wird jedoch hier die Notwendigkeit einer

---

1) S.o. Kap. 5.

kollisionsrechtlichen Generalklausel nicht verneint. Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß eine Verfeinerung des Kollisionsrechts über die Qualifikation, wie es Kahn und auch noch Neuner vorgeschlagen haben, angesichts der weitgehend abgeschlossenen Entwicklung zu einem System weniger, gegeneinander lückenlos und eindeutig abgegrenzter Kollisionsnormen nur noch in wenigen Ausnahmefällen möglich ist [2]. Als weiterer Gesichtspunkt verdient Berücksichtigung, daß der Rechtsprechung, die heute der wesentliche Träger der Weiterentwicklung des Kollisionsrechts ist, die Möglichkeit zur flexiblen Einzelfallentscheidung auch dort gegeben werden muß, wo eine Regelbildung noch nicht möglich ist oder zu einer vorzeitigen Festschreibung starrer Kollisionsnormen führen würde.

Nicht nur die im vorangegangenen Kapitel aufgezeigten Zweifel an einer ausschließlich inhibierenden Funktion des ordre public, sondern gerade auch die Auseinandersetzung mit der These einer reinen Abwehrfunktion zugunsten inländischer Grundwerte bestätigen die hier vertretene Auffassung von dem ordre public als zu qualifizierender Kollisionsnorm. Daneben belegt eine Analyse einiger höchstrichterlicher Entscheidungen, daß die Praxis die Generalklausel des Art. 30 EGBGB bereits in dem Sinne gebraucht, nämlich als die Grundlage richterlicher Diskretion bei der Rechtswahlentscheidung.

§ 16

Der ordre public als Kollisionsnorm

Die Bezeichnung auch des Art. 30 EGBGB als Kollisionsnorm trifft man gelegentlich auch im konventionellen IPR an, wegen

---

2) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 252; Neuner, Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm, S. 132; s.o. Kap. 3 a.E.

seiner bloßen Ergänzungsfunktion und einer angeblich fehlenden eigenständigen normativen Regelung soll er jedoch nur eine unselbständige Kollisionsnorm sein, vergleichbar z.B. mit Art. 27 EGBBG [3]. Die Vertreter einer ausschließlich negativen Funktion des ordre public widersprechen dem selbst unter dieser weitgehenden Einschränkung, sie sprechen der Vorbehaltsklausel den Charakter einer Rechtswahlnorm völlig ab [4].

Die Annahme einer negativen Funktion des ordre public beruht jedoch in mehrfacher Weise auf nicht überzeugenden Schlußfolgerungen. Sie wird einmal aus dem Ausnahmecharakter des ordre public gefolgert, jedoch wird hiermit von einer empirischen Forderung - der nach einem möglichst zurückhaltenden Gebrauch des Vorbehalts - auf seine inhaltliche Ausgestaltung geschlossen. Abgesehen davon, daß positive und negative Wirkungen in einem strukturellen Gegenseitigkeitsverhältnis gesehen werden können [5], könnte der Ausnahmecharakter des ordre public aber auch durch eine entsprechende Begrenzung seines positiven Eingreifens gewahrt werden.

Aber auch schon die in der Literatur ständig wiederkehrende Mahnung zu möglichst zurückhaltendem, nur ausnahmsweisem Gebrauch des Vorbehalts beruht auf einer petitio principii, denn ihr liegt zugrunde, daß die Anwendung des ordre public die Anknüpfungsparität verletzt, weil dies den Anwendungsbereich des inländischen Rechts zu Lasten des ausländischen Rechts

---

3) Vgl. Raape-Sturm, IPR, S. 96; Dölle, Der ordre public im IPR, S. 90; Konsequenzen werden aber aus dieser Charakterisierung nicht gezogen. Kegel, IPR, S. 124, hält die Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Kollisionsnormen für zutreffend.

4) Vgl. Neumayer, FS Dölle II, S. 190; Roth, NJW 1967, S. 134, 136; Meise, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel, S. 100 ff.

5) So Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 103 f.

ausdehnt [6]. Dies ist aber keineswegs zwingend, sondern setzt inzident voraus, daß die Durchbrechung der regulären Anknüpfung ihrerseits nicht zu einer allseitigen Kollisionsnorm erweitert werden kann. Dies dürfte jedoch nur bei wenigen Grenzfällen tatsächlich der Fall sein.

Auch die Ablehnung des Charakters des ordre public als Kollisionsnorm, weil er absolut geltende Rechtsgrundsätze oder Grundwerte wahre, vermag nicht zu überzeugen. Die Kritik an den absoluten Naturrechtstheorien und der materialen Wertethik, die Grundlage dieser These sind [7], kann im Rahmen dieser Arbeit nicht detailliert wiedergegeben werden [8]. Aus kollisionsrechtlicher Sicht bleibt jedoch der unaufhebbare Widerspruch zwischen dem vermeintlich absoluten Geltungsanspruch der Grundwerte und ihrer Relativierung durch den Inlandsbezug. Die These, "die Werte an sich gelten absolut, ob sie aber verletzt werden, hängt von der Inlandsbeziehung ab, die daher zwar nicht die Geltung der Werte beeinflußt, aber in die konkrete Bewertung mit eingeht" [9], macht diesen Widerspruch nur überdeutlich, ohne daß sie ihn jedoch zu beseitigen oder zu erklären vermag.

---

6) Vgl. besonders Wengler, Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, S. 294 ff.

7) Vgl. Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 79 ff., der auf Scheler und Hartmann verweist.

8) Vgl. zur materialen Wertethik Esser/Stein, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, S. 11 ff.; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 321 ff.; Weischedel, Recht und Ethik, S. 19 ff.; Welzel, Naturrecht, S. 220 ff. Zum Naturrecht vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 52 ff.; Wieacker, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, S. 14 ff. Die Schwächen eines solchen Ansatzes bei der Auflösung der begrifflichen Unklarheit einer Generalklausel hat m.E. überzeugend Teubner, in: Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 15 ff., am Beispiel des § 138 BGB nachgewiesen.

9) Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 96.

Die Unhaltbarkeit der Differenzierung zwischen dem Inlandsbezug beim ordre public als "Wertungselement" und bei den regulären Kollisionsnormen als subsumtionsfähiger Anknüpfungspunkt [10] zeigt schon die Begründung für seine Berücksichtigung auch beim ordre public: Kein Staat könnte sich anmaßen, anderen Völkern seine sittlichen und rechtlichen Wertvorstellungen aufzudrängen und deren soziales Leben danach zu messen [11]. Dies ist nichts anderes als der Geltungsgrund des gesamten IPR, gerade darauf beruht die Anwendung des ausländischen Rechts, also letztlich jede Rechtswahlentscheidung [12].

Ergänzend sei nur darauf hingewiesen, daß die Mehrzahl der von Roth genannten Werte eine Normierung im Grundgesetz gefunden hat und damit die Frage der Wertwidrigkeit ausländischen Rechts sich zu der mit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Methoden zu beantwortenden Frage seiner Verfassungswidrigkeit gewandelt hat [13].

Ebensowenig trifft zu, daß die methodische Operation bei der Anwendung des ordre public durch das Element der Wertung ausgezeichnet sei, während die (offenen wie versteckten) Kollisionsnormen (nur) der Subsumtion unterliegen. Die Anwendung der Kollisionsnormen ist ebensowenig ein bloß

---

10) Vgl. Roth, a.a.O., S. 68 f.; Neumayer, a.a.O., S. 191; Meise, a.a.O., S. 100 f.

11) So Roth, a.a.O., S. 96.

12) Vgl. schon Kahn, Abh. I, S. 184, zu einer solch absoluten Geltung: "...; und wir würden außerdem - was vielleicht noch schlimmer ist - dem Geist unserer Zeit ins Gesicht schlagen, welcher erkannt hat, daß Recht und Sittlichkeit niemals und nirgends 'absolut' sind, sondern relativ, durch Zeit, Ort und Verhältnisse bedingt".

13) Dies liegt auch der Entscheidung des BVerfG v. 4.5.1971, BVerfGE 31, 58 ff., zugrunde: "Die zu leistende Aufgabe unterscheidet sich wesensmäßig nicht von der gewöhnlichen Verfassungsauslegung in Bezug auf inlandsbezogene Sachverhalte, besonders soweit es sich um die Ausstrahlung der Grundrechte auf das Privatrecht handelt", a.a.O., S. 77.

syllogistisches Verfahren der Subsumtion wie die anderer Rechtsnormen [14]. Dies zeigt bereits die Qualifikation. Auch hier werden Ordnungssituationen im Hinblick auf die möglichen Anknüpfungspunkte bewertet [15]. Dabei wird zudem - wenn auch durch den Zweck der Qualifikation beschränkt - ein Vergleich des in- und ausländischen Rechts durchgeführt. Die Wertungsfrage wird aber besonders deutlich bei den sogenannten "versteckten" Kollisionsnormen. Die vermeintlich interpretative Festlegung eines speziellen Anknüpfungspunktes ist eine offene Bewertung der Ordnungssituation und der Ordnungsaufgabe unter Heranziehung aller kollisionsrechtlich relevanter Gesichtspunkte [16]. Zudem werden gerade auch die Sonderanknüpfungen im Rahmen einer rechtsvergleichenden Auseinandersetzung mit dem ausländischen Recht entwickelt.

Weder der rechtsvergleichende oder der wertende Aspekt sind also dem ordre public eigentümlich. Die Vorstellung, daß eigentlich anwendbares Recht durch die Vorbehaltsklausel "zurückgewiesen" wird, ist lediglich Folge der gewählten Struktur des Entscheidungsprozesses, die aber keineswegs zwingend von der Aufgabenstellung des IPR gefordert ist.

Auch die besondere Variante der "Wertschutztheorie" von Lorenz vermag nicht zu überzeugen [17]. Akzeptiert man die Aufgabenstellung des IPR als Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes, so ist die Annahme einer "Verdrängung" dieses Prinzips durch andere nicht stimmig. Die Beurteilung der Gleichheit oder Ungleichheit im Rahmen des Art. 3 GG ist keine

---

14) Vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 48 ff. und durchgehend.
15) S.o. Kap. 3; dies wird auch an den anderen Qualifikationsansätzen deutlich.
16) Zu dem methodischen Hintergrund bei der "Entdeckung" "versteckter" Kollisionsnormen, s.o. Kap. 4.
17) S.o. Kap. 2; vgl. Lorenz, Zur Struktur des IPR, S. 67 ff.

tatsächliche, sondern eine normative Entscheidung [18]. Die Wahl der Differenzierungsziele wie auch der Differenzierungskriterien muß unter Berücksichtigung der Grundwertentscheidungen der Verfassung wie auch der Geeignetheit des Differenzierungsmerkmals und seiner Sachgemäßheit erfolgen [19]. Diese Maxime gilt nicht nur für die Anwendung der Vorbehaltsklausel, sondern generell für die Anknüpfung im IPR. Aus diesem Grund vermag letztlich auch der These Wenglers, speziell der ordre public sei der Niederschlag des Gleichheitsgedankens im IPR, nicht zugestimmt werden [20]. Die Vorbehaltsklausel ermöglicht nur gegenüber den fixierten Kollisionsnormen, die aufgrund ihrer Starre und ihres weiten Anwendungsbereichs notwendig auch ungleiche Ordnungssituationen mit einbeziehen, eine größere Differenzierung. Auch im Lichte des Art. 3 GG verfolgt also die Vorbehaltsklausel kein grundsätzlich anderes Ziel als die "gewöhnliche" Anknüpfung.

Im Ansatz Kegels, der den ordre public als Garant der materiell-privatrechtlichen Gerechtigkeit und als Durchsetzungsinstrument politischer, insbesondere wirtschaftspolitischer "Machtinteressen" sieht, ist ebenfalls der als notwendig erachtete Inlandsbezug nicht mit den gewöhnlichen Anknüpfungspunkten in Verbindung gesetzt [21]. Dies ist hier die Folge des Dualismus von international-privatrechtlicher und materiell-privatrechtlicher Gerechtigkeit [22]. Da aus dem ersten

---

18) Vgl. Gubelt, in: v. Münch, Grundgesetzkommentar, Art. 3, Rdnr. 13.

19) Vgl. Gubelt, a.a.O., Rdnr. 23 m.w.N. aus Rechtsprechung und Lehre.

20) Vgl. o. Kap. 5; Wengler, Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte, S. 289 ff.; ders., Rec. des Cours 104 (1961 III), S. 431 ff.

21) Vgl. Kegel, IPR, S. 50 ff., 206 ff., 211; ders., Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 17.

22) Auch Kegel weist darauf hin, daß die Gerechtigkeit "unteilbar" sei, vgl. IPR, S. 50 und Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 14. Unklar bleibt aber dann der Systemwiderspruch; vgl. auch Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit, S. 29 f.

Bereich alle materiellen Gesichtspunkte ausgeschlossen werden, eine "reine" kollisionsrechtliche Betrachtung angestrebt wird, läßt sich nicht mehr erklären, warum auf der vermeintlich "rein" materiell-privatrechtlichen Stufe dennoch kollisionsrechtliche Gesichtspunkte von Bedeutung sind. Diese künstliche Trennung verstellt den Blick für die verbindenden Elemente. Die Einbeziehung von Machtinteressen spiegelt hier nur die strikte Trennung von öffentlichem und privatem Recht und das Vorverständnis von der Aufgabenstellung des letzteren wider [23].

Eine ergebnisorientierte Betrachtung der Vorbehaltsklausel wird nicht umhin können, sie als Kollisionsnorm zu charakterisieren. Schon die Abwehr ausländischen Rechts läßt sich strukturell als Anwendung eines inländischen materiellen Rechtssatzes deuten. Durch die argumentative Verkürzung bei der Handhabung des Vorbehalts wird diese in der Regel verbietende und aus inländischen Generalklauseln, Grundrechten oder Regelungsmaximen ganzer Ordnungsbereiche ad hoc entwickelte Norm oft nur fragmentarisch ausgebildet [24].

Deutlich wird der kollisionsrechtliche Gehalt der Vorbehaltsklausel bei der Frage des Ersatzrechtes. Allerdings ist nach Anwendung der Vorbehaltsklausel nach vielfach vertretener Lehre eine Regelung primär wiederum dem durch die reguläre Kollisionsnorm bezeichneten Recht zu entnehmen [25]. Da jedoch gerade die für die jeweils vorliegende Ordnungssituation einschlägige Regelung des ausländischen Rechts abgelehnt wurde, kann es nicht um die Anwendung dieses ausländischen

---

23) Daß auch öffentliches Recht weithin die sachgerechte Regelung sozialer Ordnungssituationen zum Gegenstand hat, wird nicht zur Kenntnis genommen, vgl. auch Kegel, Rec. des Cours 112 (1964 II), S. 181 ff.; deutlich auch in Kegels Kritik der BVerfG-Entscheidung im Spanierfall, vgl. RabelsZ 36 (1972), S. 30 f. Dies Vorverständnis wird im IPR weithin geteilt, s.o. Kap. 1 u. 2.

24) So Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 103 ff.

Rechts gehen [26]. Vielmehr treten an die Stelle der ausgeschlossenen ausländischen Normen immer Sachnormen des inländischen Rechts, die entweder dem eigenen materiellen Recht entnommen werden oder ad hoc gebildet werden. Um letzteres handelt es sich auch dann, wenn die Regel vermeintlich dem ausländischen Recht "entnommen" wird, denn sie ist dort für die jeweilige Ordnungssituation gerade nicht vorgesehen, selbst wenn die ausgeschlossene lex specialis durch ihre lex generalis ersetzt wird. Immer setzt die inländische Rechtsprechung ihre materielle Bewertung durch [27]. In der Praxis wird die Bildung derartiger

---

25) So z.B. Staudinger-Raape, Art. 30 G II; Palandt-Heldrich, Art. 30, Bem. 4; Erman-Arndt, Art. 30, Anm. 16; Dölle, Der ordre public im IPR, S. 408 f.; auch Meise, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel, S. 101; aus der Rspr. vgl. RGZ 106, 82, 85 f.; a.A. Lewald, IPR, S. 36 (mit Ausnahmen); jetzt auch Raape-Sturm, IPR, S. 219 f. Zu beachten ist allerdings, daß das Eingreifen des ordre public oft keine Lücke hinterläßt, wenn die Ausschaltung des "anstößigen" ausländischen Rechts genügt, so z.B. bei Abweisung des Eheverbots, Religions- oder Rassenverschiedenheit, so z.B. Staudinger-Raape, a.a.O. Aber auch hier entsteht eine Lücke, die incidenter mit der entsprechenden deutschen Regelung (Unzulässigkeit eines derartigen Verbots) geschlossen wird. So auch Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 22.

26) Ablehnend daher auch Battifol, der eine "Bastard"-Regelung befürchtet, vgl. D.I.P., Nr. 364.

27) Vgl. Kegel, IPR, S. 243: "Sachnormen im deutschen IPR". Ob die lex fori unmittelbar angewandt wird oder das materielle Recht des Forums mit Rücksicht auf den Auslandsbezug Abwandlungen erfährt (ad hoc-Bildung von Auslandssachverhaltsnormen) oder Sachnormen des IPR, d.h. ein Regelungskompromiß zwischen den Zielen der lex causae und der lex fori, gebildet werden, wird in erster Linie von der kollisionsrechtlichen Beurteilung des Forums abhängen. Letzteres kommt m.E. bei internationalen Sachverhalten i.e.S., die nicht eindeutig zugeordnet werden können und so im Grenzbereich zwischen den beteiligten Rechts- und Sozialordnungen stehen, in Betracht. Die Grenze zwischen Auslandssachverhaltsnormen und Sachnormen des IPR ist nicht genau bestimmbar, entscheidend dürfte sein, ob und inwieweit auch Regelungsziele anderer Rechtsordnungen bei der Formulierung der Norm mitberücksichtigt werden.

Sachnormen ohnehin nur höchst selten in Betracht gezogen [28].

Die ergebnisorientierte Betrachtung hat Siehr zu seiner These von der deklaratorischen Bedeutung des ordre public geführt [29]. Die methodologischen Bedenken gegen die Annahme "versteckter" Kollisionsnormen, auf die Siehr zurückgreift [30], wurden bereits bei der Kritik der Sonderanknüpfungslehren aufgezeigt. Die Charakterisierung einer Generalklausel wie der Vorbehaltsklausel als deklaratorischer oder konstitutiver Normen dürfte im übrigen unerheblich sein. Ebenso wie z.B. bei § 242 BGB liegt die Annahme nahe, daß die jeweiligen Sachgesichtspunkte letztlich auch ohne gesetzliche Ermächtigung bei der Tatbestandsbildung Berücksichtigung gefunden hätten. Es muß jedoch auch hier festgehalten werden, daß es nicht um die Verlagerung der kollisionsrechtlichen Entscheidung auf die Ebene der Interpretation der Sachnorm gehen kann, sondern im Gegenteil um Berücksichtigung der sich aus ihr ergebenden Gesichtspunkte bei der kollisionsrechtlichen Urteilsbildung.

Auch der Differenzierung in selbständige und unselbständige Kollisionsnormen kommt keine inhaltliche Aussagekraft zu [31]. Sicherlich setzt Art. 30 EGBGB ein Zusammenwirken mit anderen Kollisionsnormen voraus. Das trifft aber für jede Kollisionsnorm zu, die nur spezifische Ordnungssituationen anknüpft, andere Ordnungssituationen, die notwendig oder häufig in einem Konnex mit den von ihr geregelten stehen, nicht regelt und eigen-

---

28) Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde lediglich in RGZ 106, 82 bei der Verjährung eine Regel dem ausländischen Recht "entnommen". In BGHZ 44, 183 (Erfolgshonorar III) handelt es sich m.E. um die Bildung einer IPR-Sachnorm, ebenso in KG RzW 1958, 374; OLG Köln RzW 1959.

29) Vgl. RabelsZ 36 (1972), S. 109.

30) Vgl. Kap. 4 a.E.

31) So auch Kegel, IPR, S. 103; dies wird von Kegel bei der Tatbestandsbildung nicht berücksichtigt, vgl. a.a.O., S. 106 f.

ständigen Kollisionsnormen überläßt. So ist z.B. die Anknüpfung eines Formstatuts in Art. 11 EGBGB ohne Bestimmung eines Geschäftsstatuts nicht sinnvoll. Schließlich zeigen auch die speziellen Vorbehaltsklauseln, daß sich die Regelungsgehalte des Art. 30 EGBGB in "selbständige" Kollisionsnormen fassen lassen.

Die Charakterisierung des ordre public als Kollisionsnorm widerspricht schließlich weder dem Wortlaut des Art. 30 EGBGB noch den vorliegenden Materialien zu dieser Vorschrift. Art. 30 EGBGB läßt sich nicht entnehmen, ob die "Anwendung" eines ausländischen Gesetzes wegen Zweckverstoßes aus kollisionsrechtlichen oder materiell-rechtlichen Gründen erfolgen soll. Auch die Materialien geben keine eindeutige Auskunft. Im Vordergrund stand jedoch mit der Theorie von den Prohibitivnormen, den international zwingenden Normen, ein eher kollisionsrechtlicher Gedanke [32]. Die reguläre Anknüpfung sollte durchbrochen werden, weil in Form einer international zwingenden Norm eine gegenüber den Kollisionsnormen spezielle Vorschrift dies verlangte. Dabei ist hervorzuheben, daß sich die Kritik Kahns nicht gegen die Durchbrechung der allgemeinen Anknüpfungsnorm, sondern nur gegen die Inanspruchnahme eines universellen Geltungsbereichs gerichtet hat [33].

§ 17

Ordre public und richterliche Diskretion bei der Rechtswahl

Einige Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung verwenden bereits die Vorbehaltsklausel als Kollisionsnorm. In dem Entscheidungsprozeß zur Wahl des anwendbaren Rechts wird hierdurch ein diskretionäres Element eingeführt, mit dessen Hilfe

---

32) Vgl. oben, Kap. 5 m.N.
33) Vgl. Kahn, Abh. I, S. 251 ff.

es der Praxis gelingt, die Geschlossenheit des dogmatischen Systems zu überwinden und eine dem Einzelfall gerecht werdende Rechtswahl zu treffen.

Besonderes Gewicht gewinnt dabei der jeweilige konkrete Inlandsbezug als Differenzierungsmerkmal, mit dessen Hilfe "ungleichgewichtige" Anknüpfungen korrigiert werden oder eine Anknüpfung an eine ineffektive Staatsangehörigkeit überspielt wird. Aber auch die übrigen Gesichtspunkte, die die Praxis bei der Prüfung des Vorbehalts heranzieht, machen deutlich, daß sich auch beim ordre public die Rechtswahlfrage stellt. Hier finden die gleichen Gesichtspunkte Berücksichtigung, die auch schon bei der Qualifikation herangezogen werden, dort aber aufgrund der Undifferenziertheit der zur Wahl stehenden Kollisionsnormen nur eine geringe Differenzierungskraft entfalten können.

So können die unterschiedlichen Entscheidungen des BGH zu der Frage der Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung eines Rechtsanwalts [34], die von uneingeschränkter Akzeptierung über eine nur teilweise Anerkennung bis zur völligen Abweisung reichen, nur mit den je unterschiedlichen Anknüpfungsmomenten erklärt werden. Während gegen eine Erfolgshonorarvereinbarung mit einem Anwalt aus Washington D.C., der keinerlei besondere Beziehungen zur inländischen Rechts- und Standesordnung unterhielt und gerade als amerikanischer Anwalt beauftragt war, keine durchgreifenden Bedenken vorlagen [35], mußte sich das standesrechtliche Verbot gegen einen Anwalt, der aufgrund § 183 Abs. 1 BEG und damit gerade aufgrund seiner früheren Tätig-

---

34) BGH v. 15.11.1956, BGHZ 22, 162; BGH v. 24.1.1957, IPRspr. 1956/57 Nr. 4; BGH v. 18.10.1965, BGHZ 44, 183; BGH v. 9.1.1969, BGHZ 51, 290.

35) BGHZ 22, 162; aus der Entscheidung geht nicht hervor, wie es zu der Beauftragung kam, insbesondere Inlandsbezüge lagen, soweit ersichtlich, auch hierbei nicht vor.

keit als deutscher Anwalt zugelassen war, durchsetzen. In diesem Fall weisen die kollisionsrechtlichen Gesichtspunkte wie Vertrauensschutz, Ordnungsinteresse, Sinn und Grundlage der materiellen Regelung auf eine kollisionsrechtliche Gleichstellung mit den deutschen Anwälten hin [36].

Hingegen ließen die verschiedenen Inlands- und Auslandsbezüge im Sachverhalt der Entscheidung vom 18.10.1965 keine eindeutige Zuordnung zu. Zwar handelt es sich um einen amerikanischen Anwalt, dem jedoch aufgrund Besatzungsrecht die Berufsausübung in dem von den Vereinigten Staaten verwalteten Gebiet gestattet wurde. Klienten waren jedoch Inländer, die einen Schadensersatzanspruch (u.a. Unterhaltsrente) gegen die Besatzungsmacht durchsetzen wollten. Der BGH wählte hier eine ad hoc geschaffene materielle Regelung, eine Sachnorm für einen internationalen Sachverhalt, in dem er unter Abwägung aller beteiligten Interessen eine Höchstgrenze von 20 % für das Erfolgshonorar festsetzte [37].

Die Verwendung des Art. 30 EGBGB als Anknüpfungskorrektur wird auch in der umstrittenen Kranzgeldentscheidung deutlich [38]. Schon die Ausführungen in den Entscheidungsgründen zu der maßgebenden Kollisionsnorm lassen erkennen, daß eine befriedigende kollisionsrechtliche Lösung nicht gefunden

---

36) BGHZ 51, 290, 294.

37) BGHZ 44, 183, 190. Der BGH hebt zugunsten der Schuldnerin vor allem auf Sinn und Zweck der (mittelbaren) Gebührenbegrenzung durch die besondere Streitwertregelung des § 13 Abs. 3 GKG ab.

38) BGHZ 28, 375 = JZ 1959, 486 m. Anm. Dölle = NJW 1959, S. 1032 m. Anm. Lüderitz, vgl. auch Luther, FamRZ 1959, S. 475. Alle genannten Anmerkungen lehnen Eingreifen des ordre public meist mit Hinweis auf die Umstrittenheit des § 1300 BGB ab. Dölle, a.a.O., S. 489 ff. will ggf. durch ausnahmsweise Änderung der Anknüpfung (!) helfen.

wurde [39]. Nach umfassender Würdigung von Sinn und Zweck des § 1300 BGB zieht der Senat den Schluß, daß derartige Schutznormen mit Grundsatzcharakter umso mehr berücksichtigt werden müssen, je enger der Schutzbedürftige mit der deutschen Rechtsordnung und dem deutschen Rechtsraum verbunden sei [40]. Als Anknüpfungspunkt wird die Staatsangehörigkeit gewählt und mit Hinweis auf die ebenfalls an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden speziellen Vorbehaltsklauseln und Art. 21 EGBGB gerechtfertigt [41]. Zwar lehnt der Senat eine Verallgemeinerung seiner speziellen Anknüpfung mit Hinweis auf "unangemessene Ergebnisse" ab. Im Ergebnis kommt er jedoch zu einer einseitigen Sonderanknüpfung des Kranzgeldanspruchs zugunsten der deutschen Frau. Die kollisionsrechtliche Korrekturfunktion wird auch bei dem Hinweis deutlich, daß hierdurch das Ungleichgewicht bei umgekehrter Anknüpfungslage (ausländische Braut - deutscher Mann) vermieden werde [42].

---

39) BGHZ 28, 375, 378 f. Nach Verwerfung einer Analogie zu Art. 21 EGBGB führt der BGH aus: "Eher wäre es sachgemäß, die Anknüpfung ähnlich wie in Schuldverhältnissen zwar nicht an das Recht des Erfüllungsortes, wohl aber danach vorzunehmen, wo das Rechtsverhältnis gleichsam seinen Schwerpunkt hat. Aber diesen festzustellen, ist oft schwierig und führt zur Rechtsunsicherheit." Der BGH lehnt auch eine gesonderte Anknüpfung ab, aber: "Das schließt nicht aus, daß die Geltung des Heimatrechts des Verpflichteten dort Ausnahmen erleidet, wo das nach den das deutsche internationale Privatrecht beherrschenden Grundsätzen erforderlich ist." Hier deutet sich die Anknüpfungskorrektur schon an. Vgl. auch die Anm. Dölle, a.a.O.

40) BGHZ 28, 375, 385.

41) Obwohl ursprünglich eine Analogie zu Art. 21 EGBGB abgelehnt wird, vgl. FN 39.

42) a.a.O., S. 386. Mit der Heranziehung dieser Entscheidung soll keine Übereinstimmung mit dem BGH in der Einschätzung des § 1300 BGB als "wesentlicher deutscher Rechtsgrundsatz" (inzwischen in BGHZ 62, 282, 283 aufgegeben) ausgedrückt werden, da es hierauf m.E. beim ordre public gerade nicht ankommt. Jedoch ist gegen die Kritiker (vgl. FN 38) an den Satz von Currie zu erinnern: "Conflicts of law is no place for timid reformers.", Sel. Essays, S. 593.

Der kollisionsrechtliche Gehalt der Entscheidung des BGH vom 17.9.1968 [43] zum Legitimationsverbot bei Ehebruchskindern offenbart sich schon, wenn die Begründung zur Anknüpfung und zum Binnenbezug verglichen werden. Der BGH verteidigt die aus Art. 22 Abs. 1 EGBGB gewonnene Kollisionsnorm mit der Anknüpfung an das Personalstatut des Vaters gegen den Vorwurf eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG damit, daß hierin "keine Bevorzugung des Mannes seines Geschlechts wegen" liege. Das anzuwendende Heimatrecht des Vaters könne im Einzelfall für die Frau günstiger sein als ihr eigenes Heimatrecht [44]. Speziell betreffe die Bestimmung des Legitimationsstatus "nicht allein oder in erster Linie die Rechtsstellung der Mutter, sondern gleichermaßen die des Vaters und im besonderen die des Kindes, also die Familie als Ganzes" [45].

Nach der Auseinandersetzung mit Inhalt und Reichweite des Art. 30 EGBGB und einem Vergleich mit der deutschen Rechtslage führt der Senat jedoch aus, daß jedenfalls bei den gegebenen Inlandsbeziehungen die Vorbehaltsklausel eingreife. Die Familie wohne in der BRD, die Mutter sei immer in Deutschland ansässig gewesen und besitze neben der italienischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit, der Vater gehe seit vielen Jahren einer geregelten Tätigkeit im Inland nach. "Dann aber stößt die Versagung einer Familie gegenüber, die wie eine deutsche in Deutschland lebt, wo die Legitimation aller vorehelichen Kinder

---

43) BGHZ 50, 370 = JZ 1969, 299 m. Anm. Heldrich = StAZ 1969, S. 10 m. Anm. Simitis, vgl. auch Bökelmann, StAZ 1969, S. 169, 170.

44) Dies ist das bekannte Argument gegen die Berücksichtigung des Art. 3 Abs. 2 GG im IPR überhaupt, vgl. neben den Zitaten des BGH noch Kegel, IPR, S. 292 f. Es ist aber offensichtlich, daß diese Argumentation mit dem Anspruch einer eigenen international-privatrechtlichen Gerechtigkeit unvereinbar ist; vgl. Makarov, RabelsZ (1952), S. 382 ff.; Beitzke, Grundgesetz und IPR, S. 24 f.

45) BGHZ 50, 370, 373. Dunkel bleibt, warum deswegen das Vaterstatut maßgebend sein soll.

ohne Unterschied fest eingebürgerte Rechtsauffassung ist, so sehr gegen unsere Gerechtigkeitsvorstellungen, daß sie als untragbar angesehen werden muß." [46]

Mit der Anwendung des ordre public werden also eben die kollisionsrechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt, die bei der Festlegung des Statuts - dessen Begründung ohnehin widersprüchlich erscheint - außer Betracht geblieben sind. Im Rahmen der Vorbehaltsklausel gelingt die Schaffung eines einheitlichen Familienstatuts, die schon die Begründung für die Analogie zu Art. 22 Abs. 1 EGBGB nahegelegt hätte.

Diese Entscheidungen zeigen einige wesentliche Aspekte des Erfordernisses des Inlandsbezuges auf. Seine Prüfung erfolgt nicht als zusätzlicher "Wertungsgesichtspunkt" ohne Bezug zur kollisionsrechtlichen Situation. Gerade beim ordre public wird deutlich, daß sich materiell-rechtliche und international-privatrechtliche Gerechtigkeit nicht trennen lassen. Die notwendige Berücksichtigung des Inlandsbezuges legitimiert sich daher aus der Tatsache, daß es auch beim ordre public um das "angemessene", das "richtige" und nicht das "bessere" Recht geht.

Nur ist hier die vermeintliche Unabhängigkeit von den Ordnungsaufgaben des materiellen Rechts und seiner Bedeutung offensichtlich durchbrochen. Die Auswahl der jeweils maßgeblichen Inlandsbeziehungen ist daher auch abhängig vom jeweiligen rechtlichen Kontext, die relevanten Bezugspunkte ergeben sich aus der materiellen Regelung, ihrer kollisionsrechtlichen Bewertung [47]. Daher sind im Familienrecht die häufig nicht be-

---

46) a.a.O., S. 378.

47) So muß es befremden, wenn die Prüfung der Vorbehaltsklausel in einem Gutachten mit den Worten beginnt: "Bevor ein Verstoß gegen Art. 30 EGBGB geprüft werden kann, muß festgestellt werden, daß eine Inlandsberührung gegeben ist." IPG 1973, Nr. 28, S. 277 (Köln).

rücksichtigte Staatsangehörigkeit der Frau, der ständige Aufenthalt der Familie oder einzelner Familienmitglieder und die Staatsangehörigkeit des Kindes relevant.

Im Schuldrecht, auch hier abhängig von der jeweiligen Ordnungsaufgabe, können es Wohnsitz, Ort der Wertbewegung, der betroffene Markt, das Tätigkeitsfeld einer der Parteien etc. sein. Unterwirft man das Zusammenwirken der regulären Kollisionsnorm und der Vorbehaltsklausel einer integrierten Betrachtung, wird deutlich, daß der Inlandsbezug als Kehrseite des in der regulären Kollisionsnorm berücksichtigten Auslandsbezugs auftritt, also auch seinerseits als potentielles Anknüpfungsmoment gesehen werden muß.

Der Charakter der Vorbehaltsklausel als Kollisionsnorm und dementsprechend des Inlandsbezugs als Anknüpfungsmoment wird bei einem Blick auf die besonderen Vorbehaltsklauseln zusätzlich bestätigt. Hier fällt auf, daß durchaus keine Einigkeit über die Charakterisierung einzelner Normen als besondere Vorbehaltsklauseln besteht. So hält Kahn-Freund Art. 7 Abs. 3 EGBGB für eine spezielle Vorbehaltsklausel, während z.B. Kegel ihre Fundierung in international-privatrechtlichen Verkehrsschutzinteressen sieht [48]. Ebenso differiert die Beurteilung bei Art. 22 Abs. 2 EGBGB, die gewöhnlich nicht zu den speziellen Vorbehaltsklauseln gerechnet wird, vom BGH in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur aber "geradezu als Anwendungsfall des ordre public" bezeichnet wird [49]. Besonders bemerkenswert ist in diesem Fall, daß der BGH ausdrücklich die vaterrechtliche Ausrichtung des Art. 22 Abs. 1 EGBGB durch eine "kindes- und

---

48) Vgl. Kahn-Freund, Transact. Grotius Soc. 39 (1953), S. 47; Kegel, IPR, S. 226 f.

49) Vgl. BGHZ 64, 19, 28; Erman-Marquodt, Art. 22 EGBGB, Rdnr. 3; Siehr, FamRZ 1973, S. 470, 472; Jayme, StAZ 1974, S. 309, 311 ff.; dagegen Soergel-Kegel, Art. 30, Rdnr. 25.

mutterfreundliche Auslegung des Abs. 2" ausgleichen will [50]. Hier beruft man sich also nicht auf einen Ausnahmecharakter und fordert dementsprechend eine enge Auslegung, sondern der Gedanke des ordre public wird offen zur Korrektur eines kollisionsrechtlichen Ungleichgewichtes eingesetzt.

Die Nähe der Vorbehaltsklausel zu den normalen Kollisionsnormen legt nahe, daß auch die Vorbehaltsklausel "qualifiziert" werden muß. Diese Qualifikation muß aber zwei Faktoren besonders berücksichtigen. Bei den regulären Kollisionsnormen zielt die Qualifikation auf eine Auswahl unter verschiedenen Systembegriffen ab. Daher muß die Strukturierung des Sachverhalts in Ordnungssituationen analog den normativen Ordnungsaufgaben nur soweit erstreckt werden, als dies zur Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnormen und - bei der sekundären Qualifikation - der anzuwendenden Normen des ausländischen Rechts erforderlich ist. Da ein derartiger Systembegriff bei der Vorbehaltsklausel fehlt, ist dementsprechend hier diese Strukturierung gegebenenfalls zu Ende zu führen. Damit rückt die materiell-rechtliche Ordnungsaufgabe und ihre Bewertung stärker in den Vordergrund.

Weiter liegen bei den regulären Kollisionsnormen die jeweiligen Anknüpfungspunkte fest, eine Wirkung der ergebnisbezogenen Gesichtspunkte ist also auch hier nur im Rahmen der zu treffenden Auswahl möglich. Beim ordre public sind diese Gesichtspunkte seiner Funktion entsprechend insgesamt auf ihre Aussagekraft für besondere Anknüpfungspunkte zu untersuchen, es müssen also alle im Lichte der jeweiligen Ordnungsaufgabe relevant erscheinenden Inlands- und Auslandsbezüge in die Abwägung einbezogen werden. Insgesamt wird bei der Prüfung des ordre public die Qualifikation "zu Ende gedacht".

---

50) BGHZ 64, 19, 24.

Jedoch sind hierbei letztlich keine anderen Gesichtspunkte von Bedeutung als auch bei der normalen Anknüpfung, also neben Sinn und Zweck der materiellen Regelung einschließlich ihrer verfassungsrechtlichen Grundlagen Parteiinteressen, Vertrauensschutz, Verkehrsinteressen, diese einerseits als Interessen an der Erleichterung des grenzüberschreitenden Verkehrs, andererseits als Verkehrsschutzinteressen, interne wie internationale Entscheidungsharmonie und Comitas. Die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte auch beim ordre public ist jedoch keineswegs neu, sondern findet sich in der Praxis allenthalben.

Deutlich wird dies z.B. in einer der jüngsten Entscheidungen des BGH zum elterlichen Gewaltverhältnis [51]. Der Senat betont, daß es auf den konkreten Geltungsbereich des Grundrechts - hier des Gleichberechtigungsgrundsatzes - ankomme, also eine Prüfung von Sinn, Zweck und Tragweite dieser Verfassungsnorm erfolgen müsse. In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht bringt er jedoch als weiteren Gesichtspunkt die Berücksichtigung "der Gleichstellung anderer Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen", also den Gedanken der Comitas in die Abwägung ein [52]. Hinzu kommt der Gesichtspunkt der "Internationalisierbarkeit des Privatrechts", also das Interesse an einer internationalen Entscheidungsharmonie, das legitime Interesse des Ausländers an Wahrung der von seiner Rechtsordnung eingeräumten Rechtsstellung, aber auch das Interesse des Inländers an der Durchsetzung deutschen Rechts (Parteiinteressen) [53]. Auch schon in früheren Entscheidungen finden sich die hier angesprochenen Gesichtspunkte. So ist es Comitas, wenn ungeachtet der entgegenstehenden eigenen Rechtsauffassung dem Eheverbot der Religionsverschiedenheit bei ausländischen Staatsangehörigkeiten grundsätzlich die Aner-

---

51) BGH v. 20.12.1972, BGHZ 60, 68.
52) Vgl. BGHZ 60, 68, 78 f.
53) a.a.O.

kennung nicht versagt wird [54]. Die Comitas ist ebenfalls von Bedeutung, wenn einer Regelung des ausländischen Rechts umso leichter die Beachtung versagt werden kann, als sie auch dort einhellig als unbefriedigend empfunden wird und die Rechtsreform bereits eingeleitet ist [55]. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes wird angesprochen, wenn einem nach § 183 Abs. 1 BEG zugelassenen Anwalt Streitanteilsvereinbarung u.a. deswegen verwertet werden, da er als "früherer deutscher Anwalt mit den hiesigen Rechtseinrichtungen und auch mit den Grundauffassungen der deutschen Anwaltschaft vertraut ist" [56]. In der gleichen Entscheidung werden auch Verkehrsschutzinteressen angesprochen, wenn ausgeführt wird, daß inländische Gerichte und die Allgemeinheit zu den nach § 183 Abs. 1 BEG zugelassenen Anwälten das Vertrauen haben, "daß sie entsprechend dem Berufsbild eines deutschen Rechtsanwalts tätig werden" [57]. Ebenso werden allgemeine Ordnungsinteressen, das Interesse an der internationalen Entscheidungsharmonie und die Parteiinteressen bei der Abwägung der Gefahren eines "hinkenden" Rechtsverhältnisses berücksichtigt, wenn auch die

---

54) BGH v. 12.5.1971, BGHZ 56, 180, 190 f. Das Eheverbot wurde im konkreten Fall mit Hinweis auf Art. 33 Abs. 3 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 2 WRV ausgeschlossen, da eine deutsche Staatsangehörige betroffen war und die Eheschließung im Inland erfolgen sollte. Zudem war offen, ob in Israel eine Auslandsehe auch bei Mißachtung dieses Verbots nicht doch anerkannt würde, vgl. BGH a.a.O., S. 186. Vgl. jüngst OLG Hamm, FamRZ 1977, S. 323 ff., das dem Eheverbot auch bei übereinstimmender israelischer Staatsangehörigkeit des Nupturienten keine Beachtung schenkte. In diesem Fall stellt sich jedoch m.E. die Frage nach der Effektivität der Staatsangehörigkeit der Frau, vgl. die Ausführungen des Senats, a.a.O., S. 326 f.

55) BGHZ 50, 370, 376, zum Verbot der Legitimation von Ehebruchskindern in Italien. Simitis, StAZ 1969, S. 12 ff., weist besonders auf die universelle Entwicklung bei diesem Legitimationsverbot und die rechtsvergleichende "Ausfüllung" des Art. 30 EGBGB hin.

56) BGHZ 51, 290, 294.

57) BGH, a.a.O.

Nachteile hieraus in Fortsetzung der jüngsten Entwicklung mit Hinweis auf die Eigenverantwortung der Beteiligten nur noch gering gewichtet werden [58) 59)].

Die Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte ist umso bemerkenswerter, als sie auf der Grundlage einer kaum vorhandenen Strukturierung der Generalklausel erfolgt. Notgedrungen erfolgt daher die Qualifikation der Vorbehaltsklausel oft nur fragmentarisch, zumal die Praxis hier fast ohne jede Unterstützung durch die Wissenschaft arbeitet. Jedoch wird deutlich, daß die kollisionsrechtliche Betrachtung des ordre public im Ansatz auch in der Praxis Eingang gefunden hat.

---

58) BGHZ 56, 180, 192.

59) Als jüngstes Beispiel kann auf die Entscheidung des BGH NJW 1979, 488 verwiesen werden, in der ausdrücklich auf den Zweck der Norm als Schutznorm der inländischen Sozialordnung verwiesen wird, der Sachverhalt als in der eigenen Sozialsphäre (Wohnsitz des Schuldners in Deutschland) liegend befunden wird und daraus - ohne daß es auf eine dem inländischen Gerechtigkeitsempfinden untragbare Abweichung angekommen wäre - unter Berufung auf Art. 30 EGBGB § 764 BGB zur Anwendung gebracht wird. Der Durchbruch zur Nutzung des ordre public als kollisionsrechtliche Generalklausel zur Entwicklung spezieller Kollisionsnormen ist damit bereits weitgehend vollzogen. Im Ergebnis ist daher Wengler, JZ 1979, S. 175 ff. zuzustimmen, daß hier eine Sonderanknüpfung geschaffen wurde. Im Gegensatz zur Auffassung von Wengler (s. die Kritik u.a. in Kap. 4, § 12) halte ich jedoch auch den dogmatischen Ansatz des BGH für zutreffend. Vgl. zu dem Problemkreis des § 61 BörsenG und §§ 762, 764 BGB auch Lüer, JZ 1979, S. 171 ff. und F.A. Mann, FS Caemmerer, S. 737 ff., der sowohl Sonderanknüpfung wie Eingreifen des ordre public ablehnt.

7. Kapitel

Die Korrektur und Verfeinerung der Rechtswahl anhand des ordre public

Sieht man Art. 30 EGBGB als kollisionsrechtliche Generalklausel, so kann dies nicht ohne Einfluß auf die Argumentationsstruktur bei der Entscheidung von Sachverhalten mit Auslandsbezug, also auf die Struktur des kollisionsrechtlichen Entscheidungsprozesses bleiben. Dabei zeigt eine praktische Überprüfung anhand einiger Fälle, die bislang nur unter dem Gesichtspunkt der Inhibierungsfunktion der Vorbehaltsklausel diskutiert wurden, daß gerade auch in diesen Fällen sich die Entscheidung letztlich auf kollisionsrechtliche und nicht materiell-rechtliche Überlegungen stützt. Mit der hier vertretenen Auffassung der Vorbehaltsklausel stellt sich im Anschluß daran die Frage, inwieweit einseitige Anknüpfungsregeln, die durch die Präzisierung des ordre public entwickelt werden, zu allseitigen Kollisionsnormen erweitert werden können. Schließlich stellt sich die Frage, ob nicht auch die Differenzierung und Einschränkung von Kollisionsnormen, die einseitig auf das inländische Recht verweisen, als Anwendungsfälle der kollisionsrechtlich verstandenen Vorbehaltsklausel aufgefaßt werden müssen.

§ 18

Art. 30 EGBGB als Kollisionsnorm und die kollisionsrechtliche Argumentationsstruktur

Die Charakterisierung der Vorbehaltsklausel als Kollisionsnorm verlangt eine Revision der Struktur des kollisionsrechtlichen Entscheidungsprozesses. Seine Dreiteilung in Rechtswahl, Rechtsanwendung und Anwendungskontrolle entspricht einem IPR-Ansatz, der zwischen materiellem Recht und Kollisionsrecht

keine Verbindungslinien sieht und eine Trennung zwischen international-privatrechtlicher und materiell-rechtlicher Gerechtigkeit jedenfalls theoretisch für möglich erachtet. Sieht man die Funktion der Vorbehaltsklausel jedoch als Korrektur der Anknüpfung, so entfaltet sie ihre Wirkung schon auf der 1. Stufe des Entscheidungsganges. Es geht eben nicht mehr um Ausschaltung eines "eigentlich" anwendbaren Rechts, sondern erst um dessen Bestimmung.

Neben die Qualifikation der regulären Kollisionsnormen tritt die "Nachqualifikation" der Vorbehaltsklausel, den durch erstere herangezogene Normen des ausländischen Rechts werden die inländischen Sachnormen zur Seite gestellt und die hierdurch vorgegebenen Ordnungsaufgaben auf ihre spezielle kollisionsrechtliche Relevanz überprüft. Diese Umkehrung der Struktur der kollisionsrechtlichen Entscheidung beinhaltet eine größere Systemkonformität als das Modell des konventionellen IPR. Denn ist eines der Ziele des IPR die Entlastung der Rechtsanwendung von Fragen der Rechtswahl, so folgt daraus die Forderung nach Konzentration aller Gesichtspunkte der Rechtswahl in einen Abwägungs- und Entscheidungsprozeß.

Die vorgeschlagene Struktur erlaubt also insbesondere auch die stringente Integrierung der Entwicklung spezieller Kollisionsnormen in das kollisionsrechtliche System. Die Inbezugnahme materiell-rechtlicher Gesichtspunkte erscheint nicht mehr als systemwidriger Fremdkörper, wie dies im Verhältnis der Sonderanknüpfungslehre zum konventionellen IPR der Fall ist. Schließlich können auf diesem Wege fortschreitende Einzelfallentscheidungen eine regelbildende Dynamik entwickeln, die ihnen aufgrund der Systemstruktur bislang versagt bleiben mußte [1].

---

1) Vgl. Kap. 5 a.E.

Die Tragfähigkeit dieses Ansatzes erweist sich bei der Erprobung anhand einiger Fälle und Fallgruppen, die die Rechtsprechung als ordre public-Problematik behandelt hat. Im Bereich des Schuldrechts soll dies anhand der Problematik des § 817 S. 2 BGB und des Abzahlungskaufs, im Familienrecht anhand der Probleme des Legitimationsverbots bei Ehebruchskindern und der Ehehindernisse der Religionsgemeinschaft und der Doppelehe demonstriert werden [2].

Die Frage der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB stellt sich in der Entscheidung des BGH vom 17.1.1966 [3]: Der Kläger, ein belgischer Staatsangehöriger, fordert vom Beklagten, einem französischen Staatsangehörigen, aus gemeinsamen Geschäftsbeziehungen in den Jahren 1963 - 58, deren Art streitig ist, die jedoch Devisengeschäfte beinhalten, einen Teilbetrag von DM 100.000,--. Der Beklagte stellt in Abrede, dem Kläger noch etwas zu schulden. Er beruft sich u.a. darauf, daß die Geschäfte zwischen ihm und dem Kläger gegen das französische Devisenrecht verstoßen hätten und nichtig seien.

Die deutsche internationale Zuständigkeit ergibt sich aus § 23 ZPO. Nach französischem Recht ist der Zahlungsanspruch des

---

2) Der Bereich der elterlichen Gewalt vor und nach der Scheidung, ebenfalls aufgrund des Gleichberechtigungsgrundsatzes "ordre public-verdächtig", ist durch die auf Vorlage des BGH (Besch. v. 20.12.1972, BGHZ 60, 68) ergangene Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 37, 218) zu § 4 II RuSTaG und das Haager Minderjährigen-Schutzabkommen weitgehend "entschärft". Auf eine eingehende Behandlung dieses Bereichs wird daher verzichtet, vgl. zu der Entscheidung des BGH Dilger, StAZ 1973, S. 218; ders., FamRZ 1973, S. 530; Jayme, JR 1973, S. 248; Sturm, StAZ 1973, S. 292; Wengler, JR 1973, S. 488, 489, FN 5. Gegen Jayme a.a.O., muß der Kritik an der Entscheidung des BGH, soweit es seine Ausführungen zum ordre public betrifft, zugestimmt werden. Auch diese Familie lebte "wie eine deutsche im Inland".

3) BGH IPRspr. 1966/67 Nr. 5.

Klägers begründet, ohne daß es auf die Verstöße gegen das französische Recht ankommt, da in diesem Fall ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht. Dieser Regelung des französischen Rechts stellt eine Nachqualifikation anhand der Vorbehaltsklausel die in dieser Situation bei einem reinen Inlandssachverhalt maßgebliche bereicherungsrechtliche Regelung gegenüber. Sinn und Zweck des hierbei einschlägigen § 817 S. 2 BGB sind umstritten [4].

Zum Teil wird in ihm eine gesetzliche Schuldkompensation bei gleicher Schutzunwürdigkeit der Parteien gesehen. Insbesondere die Rechtsprechung geht von einem Strafzweck aus. Weiter wird auch die Ansicht vertreten, daß § 817 S. 2 BGB die grundsätzliche Enthaltung der Rechtspflege von Korrektur von Vermögenslagen, die beiderseits außerhalb der Rechtsordnung hergestellt wurden, beinhaltet. Schließlich kann § 817 S. 2 BGB dahin verstanden werden, daß eine nicht zu rechtfertigende bloße Verlagerung eines unrechtmäßigen Zustandes vermieden werden soll.

Eine abschließende Entscheidung braucht hierzu nicht getroffen zu werden. In jedem Fall wäre ein Inlandsbezug erforderlich, der im vorliegenden Fall nicht gegeben ist. Ein Urteil über die Schutzunwürdigkeit kann nur im Lichte des Zwecks der jeweiligen Leistungsverbote getroffen werden, d.h. nur im Rahmen der Rechtsordnung, die die Vermögensverschiebung untersagt. Auch ein Strafzweck kann nur bei Verstoß gegen inländische Verbotstatbestände in Betracht kommen, da ansonsten eine zusätzliche Bewehrung ausländischen Rechts die Folge wäre. Auch ob die Rückverlagerung des mißbilligten Vermögensvorteils vom Empfänger auf den Leistenden verhindert werden soll oder nicht, kann nur im Rahmen des Rechts beurteilt werden, das diese Mißbilligung ausspricht.

---

4) Vgl. hierzu und zum folgenden Esser, Schuldrecht II (4. Aufl.), S. 360 ff.; Larenz, Schuldrecht II, S. 496 f., jeweils m.w.N.

Lediglich die Rechtsschutzverweigerungstheorie könnte in Analogie zur prozessualen Kollisionsnorm eine Anknüpfung an die lex fori rechtfertigen, doch würde hiermit diese Theorie übermäßig ausgedehnt. Wie schon die systematische Stellung des § 817 S. 2 BGB zeigt, geht es nicht um eine unzulässige Inanspruchnahme der Rechtspflege, sondern um eine materielle Anspruchsverweigerung. Dies wird auch durch den verschiedentlichen Ausschluß des § 817 S. 2 BGB in spezialgesetzlichen Regelungen belegt.

Eine Anknüpfung des Ausschlusses des Bereicherungsanspruchs setzt also einen Verstoß gerade gegen inländische Verbotstatbestände voraus, jedenfalls muß die inländische Rechts- und Sozialordnung bereits durch die mißbilligte Transaktion betroffen sein. Dies ist nicht der Fall, der Sachverhalt weist in dieser Hinsicht keinerlei Inlandsbezug auf [5]. Eine Anwendung der inländischen bereicherungsrechtlichen Vorschriften, auch des § 817 S. 2 BGB, kommt daher nicht in Betracht. Auf die rechtspolitische Umstrittenheit des § 817 S. 2 BGB kommt es dagegen nicht an [6].

Die Frage der Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes wird in den Fällen relevant, in denen inländische Verbraucher im Inland mit ausländischen Firmen, deren Heimatrechtsordnung keine oder nur wesentlich schwächere Schutzvorschriften kennen, Abzahlungsverträge mit gleichzeitiger Vereinbarung des Verkäuferrechts abschließen [7]. Hier führt die generelle Kollisionsnorm

---

5) Der BGH erwähnt in seiner Entscheidung, a.a.O., die Frage des Inlandsbezugs mit keinem Wort.

6) So aber der BGH, a.a.O.: "Es handelt sich danach bei dem Ausschluß des Rückforderungsrechts durch § 817 S. 2 BGB nicht um einen so grundlegenden Satz des deutschen Rechts, daß die Anwendung ausländischen Bereicherungsrechts, das von diesem Grundsatz abweicht, nach Art. 30 EGBGB auszuschließen wäre.", vgl. dazu oben Kap. 6, FN 42.

7) Vgl. hierzu RG IPRspr. 1931, Nr. 7 = JW 1932, S. 591.

aufgrund der Parteiautonomie, aber z.B. auch bei Anknüpfung über den hypothetischen Parteiwillen an die vertragstypische Leistung zum Verkäuferrecht [8].

Die Nachqualifikation anhand der Vorbehaltsklausel sieht sich der durch die Regeln des Abzahlungsgesetzes konstituierten Ordnungsaufgabe gegenüber. Hieraus läßt sich kollisionsrechtlich angesichts der spezifischen Schutzfunktion dieser Regelung entnehmen, daß die Parteiinteressen des Käufers höher als die des Verkäufers bewertet werden müssen. Weiterhin kann aus Sinn und Zweck des Abzahlungsgesetzes eine Einschränkung der Parteiautonomie als Gegenstück der Privatautonomie gefolgert werden [9]. Ferner werden für das materielle Recht mit dem Abzahlungsgesetz Gesichtspunkte des Verkehrsschutzes höher bewertet als Verkehrserleichterungsinteressen.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum sich diese Bewertung nicht auch im grenzüberschreitenden Verkehr durchsetzen sollte. Der Gesichtspunkt der Comitas hat demgegenüber im Schuldrecht bei den gegebenen Inlands- und Auslandsverknüpfungen nur geringes Gewicht. Bei dieser Ausformung des Verbraucherschutzes ist jedoch der Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit nicht geeignet. Der Status "inländischen Verbrauchers" legt daher die Kumulierung des Wohnsitzes des Käufers und den Ort der geschäftlichen Transaktion nahe [10]. Sind diese An-

---

8) Vgl. Kegel, IPR, S. 292 ff.; zur Kritik am hypothetischen Parteiwillen, vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 264 ff., m.w.N.; auch Kegel will an berufs- und vertragstypische Leistungen als Konkretisierung des hypothetischen Parteiwillens anknüpfen, vgl. a.a.O. und Neuhaus, a.a.O., S. 112.

9) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 254.

10) Diese Anknüpfungsmomente hat auch das AGBG in § 12 gewählt, vgl. Müller-Graff, JZ 1977, S. 245, 248: "§ 12 vollzieht gleichzeitig eine Konkretisierung des 'ordre public' ('Zweck eines deutschen Gesetzes') i.S. Art. 30 EGBGB.", vgl. auch unten, FN 40.

knüpfungspunkte gegeben, setzt sich also die Regelung des Abzahlungsgesetzes gegenüber einem ausländischen Recht durch, das hinter dem Käuferschutz des Abzahlungsgesetzes zurückbleibt. Im Ergebnis wird also das vereinbarte Recht durch eine spezielle Kollisionsnorm mit den genannten Anknüpfungspunkten, die anhand der Qualifikation der Vorbehaltsklausel entwickelt werden, verdrängt [11].

Häufig hat sich die Praxis mit religiösen Ehehindernissen, insbesondere dem der Religionsverschiedenheit, auseinanderzusetzen [12]. Selbst die hierzu ergangene Entscheidung des BGH konnte noch keine abschließende Regelung herbeiführen [13]. Der Sachverhalt dieses Beschlusses ist typisch für diese Fallgruppe: Der Antragsteller ist israelischer Staatsangehöriger und Angehöriger der jüdischen Religionsgemeinschaft. Er legt in Tel Aviv. Er beabsichtigt, mit der deutschen Staatsangehörigen K., die der evangelischen Religionsgemeinschaft angehört und in Bielefeld wohnt, die Ehe zu schließen. Beide haben bei dem Standesbeamten in Bielefeld das Aufgebot bestellt. Der Antragsteller beantragt, ihn von der Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses zu befreien.

---

11) Vgl. zum Schutz der schwächeren Vertragspartei im Kollisionsrecht auch Kropholler, RabelsZ 42 (1978), S. 634 ff., der allerdings - von dem traditionellen Verständnis des ordre public ausgehend - neben einer objektiven (bei Fehlen einer Rechtswahl durch die Parteien) Anknüpfung am Recht der schwächeren Vertragspartei die zwingenden Schutznormen des Rechts dieser Partei als "Mindeststandard" im Wege einer verfeinerten (Sonder-)Anknüpfung heranziehen will.

12) Vgl. aus der obergerichtlichen Rechtsprechung: OLG Hamm, FamRZ 1977, S. 323; OLG München, IPRspr. 1970, Nr. 47; OLG Hamm, IPRspr. 1970, Nr. 48; OLG München, IPRspr. 1968/69, Nr. 71; OLG Karlsruhe, IPRspr. 1970, Nr. 44; OLG Oldenburg, StAZ 1969, S. 40; vgl. ferner RGZ 132, 416; RGZ 148, 383 zu § 64 AGBG a.F.

13) BGH v. 12.5.1971, BGHZ 56, 180; die noch bestehenden Unsicherheiten belegt z.B. die jüngste Entscheidung des OLG Hamm, FamRZ 1977, S. 323.

Das in dem Verfahren nach § 10 Ehegesetz über Art. 13 Abs. 2 EGBGB heranzuziehende israelische Recht bestimmt durch Verweisung auf das jüdische religiöse Gesetz, daß eine Ehe zwischen einem jüdischen und einem nicht-jüdischen Partner nichtig ist. Einem israelischen Staatsangehörigen jüdischer Religion ist es mithin verboten, die Ehe mit einem Partner einzugehen, der einer nicht-jüdischen oder keiner Religionsgemeinschaft angehört [14]. Ähnliche Regelungen fanden und finden sich noch in anderen Rechtsordnungen [15].

Dieser Regelung stellt die Vorbehaltsklausel das inländische Recht gegenüber, das ein derartiges Eheverbot nicht kennt. Neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG steht einem solchen Eheverbot vor allem Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 2 WRV entgegen. Hiernach können bürgerliche und staatsbürgerliche Rechte nicht von dem religiösen Bekenntnis abhängig gemacht werden.

Die kollisionsrechtliche Problematik kann nicht isoliert als Frage nur der Ehefähigkeit des von dem Eheverbot unmittelbar Betroffenen gesehen werden. Denn im Lichte der grundrechtlich verbürgten Eheschließungsfreiheit ist damit zugleich auch die Eheschließungsfreiheit des Partners betroffen [16]. Auch die Interessen des Partners, also in der Regel sein Heimatrecht, muß

---

14) Das vorlegende Urteil OLG Hamm hatte das Eheverbot im Gegensatz zum OLG Karlsruhe nicht wegen der Tolerierung derartiger Auslandsehen in Israel außer acht gelassen. A.A. Erman-Arndt, Art. 30 EGBGB, Anm. 4. Der BGH, a.a.O., 186, nimmt wie das vorlegende OLG Geltung an, läßt aber die Frage einer räumlichen Beschränkung auf eine in Israel geschlossene Ehe dahingestellt.

15) So früher in § 64 öst. ABGB, vgl. RGZ 148, 383, wo die Regelung akzeptiert wurde, da sie geeignet sei, den "vom deutschen Gesetzgeber verfolgten Zweck der Reinerhaltung des deutschen Bluts zu fördern".

16) Vgl. zur Parallelfrage bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung BVerfGE 31, 58, 81.

als kollisionsrechtlicher Gesichtspunkt mit einbezogen werden. Jedoch ist auch die grundrechtliche Eheschließungsfreiheit nicht unbeschränkt, wie die gesetzliche Regelung zeigt [17]. Die Parteiinteressen allein genügen daher m.E. nicht, um eine Korrektur der Anknüpfung herbeizuführen.

Jedoch ist als ausschlaggebender Gesichtspunkt der besondere gesellschaftliche Bezug dieses Eheverbots zu bedenken. Dieser Gesichtspunkt findet sich schon in der genannten BGH-Entscheidung: "Dem auf religiöser Grundlage beruhenden Eheverbot des jüdischen Rechts liegt eine gewisse Separierung der Anhänger der jüdischen Religionsgemeinschaft gegenüber Andersgläubigen zugrunde, die von ihren eigenen Zielsetzungen her verstanden werden muß. In einer Rechtsgemeinschaft, in der ein derartiges Eheverbot geltendes Recht ist, beruht anders als im deutschen Rechtsbereich das Gemeinschaftsleben auf einer einheitlichen religiösen Grundlage. In der gemeinsamen Grundüberzeugung findet dort ein solches, die Freiheit des einzelnen beeinträchtigendes Verbot seine Rechtfertigung." [18] Das Eheverbot der Religionsverschiedenheit als staatliches Eheverbot wird also vor allem von Überlegungen getragen, die auf das Gemeinschaftsleben in diesem Staate zielen. Dem steht in Deutschland ein pluralistisches Selbstverständnis gegenüber, das auch in der weltanschaulichen Neutralität des Staates zum Ausdruck kommt. Dieser unmittelbar gesellschaftliche Bezug legt es kollisionsrechtlich nahe, Wohnsitz und - in erster Linie - den in Aussicht genommenen Ehewohnsitz als spezielles Anknüpfungsmoment heranzuziehen, auch wenn hiermit prognostische Un-

---

17) Auch das BVerfG, a.a.O., 69, geht hiervon aus: "Demnach läßt die Freiheit der Eheschließung gesetzliche Regeln über die Formen der Eheschließung und ihre sachlichen Voraussetzungen nicht nur zu, sondern setzt sie geradezu voraus."

18) BGH, a.a.O., 190 f.

sicherheiten verbunden sind [19].

Im besonderen Fall des israelischen Rechts kommt als Gesichtspunkt hinzu, daß von den staatlichen Behörden und Gerichten in Israel eine im Ausland vorgenommene Eheschließung auch bei Verstoß gegen das Eheverbot der Religionsverschiedenheit als gültig anerkannt wird [20]. Die Comitas verlangt hier also nicht die Berücksichtigung dieses Eheverbots. Ebenso fällt der Gesichtspunkt der internationalen Entscheidungsharmonie nicht ins Gewicht, da aufgrund dieser israelischen Praxis eine hinkende Ehe mit großer Wahrscheinlichkeit vermieden werden kann.

Neben dem Eheverbot der Religionsverschiedenheit steht im Bereich der Eheschließung schon seit langem das Verbot der Doppelehe im Mittelpunkt der Diskussion [21]. Hielt die Rechtsprechung bis 1971 strikt an der vollständigen Beachtung des durch Art. 13 Abs. 1 EGBGB herangezogenen ausländischen Rechts fest, so hat sich seit der Entscheidung des Bundes-

---

19) Diesen Weg geht auch das OLG Hamm, FamRZ 1977, S. 323, 326 f., wenn es einerseits auf die schon bestehende soziale Integration und anderseits darauf verweist, "daß sich Frau K. (die Ast.) hierdurch und um der weiteren schulischen Ausbildung des Kindes willen in starkem Maße auch für die Zukunft an die Bundesrepublik gebunden fühlt, erscheint glaubhaft." Ferner stützt sich das OLG auf die übereinstimmenden Angaben der Nupturienten, im Inland ein gemeinsames Familienleben zu führen.

20) Dieser Gesichtspunkt kann also - unabhängig von einer eventuellen räumlichen Beschränkung des israelischen Rechts - bei der Abwägung im Rahmen der Vorbehaltsklausel mit herangezogen werden.

21) Rechtsprechung und Literatur sind hierzu inzwischen nahezu unübersehbar; zur Rechtslage nach dem Urteil des BVerfG vgl. Otto, StAZ 1972, S. 157 ff.; ders., StAZ 1973, S. 78 ff.; Jayme, NJW 1973, S. 934 f.; Lüderitz, RabelsZ 36 (1972), S. 16 ff.; Neumayer, RabelsZ 36 (1972), S. 73 ff.; Müller, RabelsZ 36 (1972), S. 60 ff.; Sturm, RabelsZ 37 (1973), S. 61 ff.; ders., Hamm FamRZ 1974, S. 457 m. Anm. Bosch; OLG Hamm, NJW 1973, S. 2158; OLG Hamm, FamRZ 1973, S. 143 m. Anm. Jayme; OLG Hamm, NJW 1972, S. 1006; BGH NJW 1977, S. 1014.

verfassungsgerichts vom 4.5.1971 in dieser Frage ein radikaler Wandel vollzogen. Dies kommt weniger in der Behandlung der Fallgruppe zum Ausdruck, die dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlag. Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung der Vorbehaltsklausel ist ohne weiteres einsichtig, daß die Frage, ob eine deutsche Staatsangehörige, die zuvor eine reine Inlandsehe führte, noch als verheiratet gilt, als eine rein innerstaatliche Ordnungsaufgabe angesehen werden muß. Dies kommt auch anderweitig zum Ausdruck, z.B. wenn die Abwehr des Oktroi des spanischen Rechts gefordert wird [22].

Hiervon sind aber m.E. die Fälle zu unterscheiden, in denen es um die Ehefähigkeit fremder Staatsangehöriger nach ihrer Scheidung geht. Auch hier wird zur Zeit in der Argumentation das Schwergewicht auf die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 Abs. 1 GG gelegt [23]. Die infrage kommenden Sachverhalte können im Rahmen des Verfahrens zur Befreiung vom Ehefähigkeitszeugnis grundsätzlich in folgenden Variationen auftreten:

a) Der Antragsteller ist spanischer Staatsangehöriger. Er wurde nach Art. 17 Abs. 3 EGBGB von seiner ersten Frau geschieden.

b) Die Antragstellerin ist spanische Staatsangehörige. Sie wurde von einem deutschen Gericht nach Art. 17 Abs. 1 EGBGB geschieden.

c) Die Antragstellerin ist spanische Staatsangehörige. Sie wurde von einem ausländischen Gericht geschieden, das anhand einer Art. 17 Abs. 1 EGBGB inhaltsgleichen

---

22) So das BVerfG in BVerfGE 31, 59, 82.
23) Vgl. BGH FamRZ 1972, S. 360; Sturm, RabelsZ 37 (1973), S. 61 ff.; BGH NJW 1977, S. 1014, 1015; Müller-Freienfels, FS Kegel, S. 55 ff., 57.

Kollisionsnorm seines Rechts verfuhr. Die Entscheidung ist nach Art. 7 Familienrechtsänderungsgesetz anerkannt.

d) Der Antragsteller ist italienischer Staatsangehöriger. Die Ehe wurde von einem deutschen Gericht nach Art. 17 Abs. 3 EGBGB geschieden. Ein Anerkennungsverfahren in Italien wurde noch nicht durchgeführt.

In allen diesen Fällen besteht nach dem über Art. 13 Abs. 1 EGBGB heranzuziehenden Heimatrecht des ausländischen Nupturienten das Eheverbot der Doppelehe, entweder, weil dem Heimatrecht die Ehescheidung unbekannt ist (a - c), ausländische Scheidungen also überhaupt nicht anerkannt werden oder, weil das geforderte Anerkennungsverfahren (d) nicht durchgeführt wurde. Demgegenüber würde bei einer ausschließlich inlandsbezogenen Betrachtung einer erneuten Eheschließung aufgrund der erfolgten Scheidung und ihrer allseitigen Gestaltungswirkung nichts im Wege stehen.

Der BGH hat im Falle a) dem deutschen Recht mit einer Folgeargumentation aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts den Vorrang eingeräumt: "Verlangt das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit die Nichtberücksichtigung des Ehehindernisses der Doppelehe, wenn dieses nach spanischem Recht in einer in Deutschland geschlossenen Ehe trotz der von deutschen Gerichten rechtskräftig ausgesprochenen Auflösung dieser Ehe gesehen wird, dann muß das auch auf den Fall der Scheidung einer Ehe bezogen werden, die zwischen einer deutschen Staatsangehörigen und einem Spanier geschlossen worden war." [24] Diese Gleichstellung überzeugt nicht. Für die Entscheidung des Bezugsfalles war weder die Eheschließung in Deutschland noch die Ehescheidung durch ein deutsches Gericht der wesentliche

---

24) BGH NJW 1972, S. 1619.

Anknüpfungspunkt. Grundlage war vielmehr, daß die Beurteilung des Status eines Inländers eine inländische Ordnungsaufgabe ist, die nicht einer widersprechenden ausländischen Rechtsordnung überlassen werden kann, wenn keinerlei Bezug zu dieser Rechtsordnung in dieser Frage besteht [25]. Die Entscheidung in diesen Fällen ist also unabhängig davon, ob die erste Ehe mit einem Ausländer oder einem Inländer geschlossen worden war und ob sie von einem ausländischen oder inländischen Gericht geschieden wurde, solange die Scheidung in Deutschland anerkannt wird [26].

Unstreitig dürfte sein, daß grundsätzlich die Beurteilung des Status der Regelung des Personalstatus unterliegt. Hiergegen kann auch nicht das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit angeführt werden [27]. Auch in unserer Rechtsordnung besteht das Eheverbot der Doppelehe. Bei Auslandsscheidungen wird es erst durch eine Anerkennung nach Art. 7 FamRÄndG beseitigt. Scheitert diese Anerkennung aufgrund der Prüfungskategorien des § 328 ZPO, so werden auch Inländer noch als verheiratet betrachtet. Schon von daher ist also dieses Grundrecht relativiert.

Diese Parallelwertung zeigt auch, daß es sich nicht um eine prozeßrechtliche Frage, die Gestaltungswirkung des Scheidungsurteils handelt, wie dies jüngst erneut vom OLG Hamburg vor-

---

25) Dies betont auch das BVerfG, a.a.O., 81: "Dies gilt umso mehr, als die frühere Ehe durch einen deutschen Hoheitsakt aufgelöst worden ist und weder die Begründung noch die Scheidung dieser Ehe irgendeine Beziehung zu einer fremden Rechtsordnung aufweisen: Eine Ehe zwischen deutschen Staatsangehörigen ist nach deutschem Recht durch ein deutsches Gericht geschieden worden.", ebenso Lüderitz, RabelsZ 36 (1972), S. 37, 42 f.

26) So stellt z.B. auch Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 93 ff., 112 ff. auf die im Inland wirksame Scheidung ab.

27) Vgl. BVerfGE 31, 58, 78 ff.

geschlagen wurde [28]. Einerseits würde mit dieser Anknüpfung auf ein lediglich formales Element zurückgegriffen. Hierbei zeigt schon der Fall c) die Grenzen dieser Anknüpfung, da dann auch die Anerkennungsentscheidung nach Art. 7 FamRÄndG als Anknüpfungspunkt gewählt werden müßte. Andererseits wäre eine solch einseitige Kollisionsnorm nicht systemkonsistent. Denn zweifellos würde einem ausländischen Urteil bei inländischen Staatsangehörigen nicht diese Reichweite zuerkannt.

Die Korrektur der Anknüpfung des Art. 13 Abs. 1 EGBGB kann sich also in diesen Fällen nicht auf eine besondere kollisionsrechtliche Bewertung der materiell-rechtlichen Ordnungsaufgabe der Ehefähigkeit und des Eheverbots der Doppelehe stützen. Die Ursache liegt vielmehr in der ungleichgewichtigen Anknüpfung der Scheidung selbst. Darauf hat auch der BGH hingewiesen: "Hinzu kommt, daß andernfalls eine in besonderem Maße befremdliche Folgewidrigkeit eigenen hoheitlichen Handelns gegenüber dem spanischen Staatsangehörigen vorläge. Während diesem nach Art. 17 Abs. 3 EGBGB zugemutet oder entgegen seinem spanischen Heimatrecht gestattet worden ist, sich den deutschen Scheidungsgesetzen zu unterwerfen, würde ihm auf der anderen Seite nicht erlaubt werden, in demselben Staat, der die Scheidung dieser Ehe ausgesprochen hat, eine in diesem Staat gültige neue Ehe einzugehen." [29]

Allerdings kommt es m.E. nicht auf die Folgewidrigkeit des hoheitlichen Handelns und damit auch nicht auf den Scheidungsstaat an. Dies belegt ein Vergleich der Fälle a) und b) einer-

---

28) In einem Vorlagebeschluß zum BGH, vgl. BGH NJW 1977, S. 1014. Der BGH hat die Vorlage zwar als unzulässig abgelehnt, zugleich aber deutlich zu verstehen gegeben, daß er diesen Weg ablehnt. Für eine Lösung über die Kollisionsnorm der lex fori als prozessuale Vorfrage auch Kegel/Lüderitz, FamRZ 1964, S. 59 ff.; Müller, RabelsZ 36 (1972), S. 60 ff.; Sturm, RabelsZ 37 (1973), S. 61, 66 ff.

29) BGH NJW 1972, S. 1619.

seits, c) andererseits. Denn Fall c) unterscheidet sich nur durch die internationale Zuständigkeit, im übrigen wäre bei gegebener Zuständigkeit eine inhaltsgleiche Entscheidung auch von einem deutschen Gericht getroffen werden. Es handelt sich also nicht um eine Folgewidrigkeit hoheitlichen Handelns, sondern um eine kollisionsrechtliche Folgewidrigkeit. Bei der Scheidung setzt sich die Kollisionsnorm über das Heimatrecht eines der Partner hinweg. Diese Einseitigkeit kann bei der Beurteilung auch der mittelbaren Scheidungsfolgen nicht unberücksichtigt bleiben. Dabei steht hier nicht die interne Entscheidungsharmonie i.S. der Widerspruchsfreiheit der materiellen Regelungen infrage, sondern die Widerspruchsfreiheit des Kollisionsrechts selbst [30]. Während die interne Entscheidungsharmonie nur ein Gesichtspunkt der kollisionsrechtlichen Regelbildung ist, wobei mit der Angleichung bereits eine Korrekturmöglichkeit gegeben ist, können derartige kollisionsrechtliche Widersprüche nicht hingenommen werden, soll nicht das unabdingbare Axiom der Widerspruchsfreiheit aufgegeben werden [31].

Der Einsatz der Vorbehaltsklausel dient auch hier der Korrektur der Kollisionsnorm, wobei - und dies ist bemerkenswert - die Begründung nicht auf materiell-rechtlichen, sondern nur auf kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten beruht. Die Korrektur ist aber auch nur soweit zu erstrecken, wie dies zur Erreichung der Widerspruchsfreiheit erforderlich ist. Sie greift also nicht ein, wenn der Antragsteller eine Anerkennung der Scheidung in seinem Heimatstaat erreichen kann oder - aufgrund anderer internationaler Zuständigkeitsvorschriften - ein im Ergebnis gleichlautendes Scheidungsurteil herbeiführen kann. Denn diese

---

30) Die interne Entscheidungsharmonie wird gemeinhin im erstgenannten Sinne verstanden, vgl. Kegel, IPR, S. 47 f.

31) Höchstens in diesem widersprüchlichen Verfahren könnte ein Verstoß gegen die Eheschließungsfreiheit gesehen werden.

Anforderungen stellt auch unser kollisionsrechtliches System mit Art. 7 FamRÄndG, § 328 ZPO [32].

Wie das Vorangegangene bereits andeutet, bietet das hier vorgeschlagene Verfahren auch hinreichende Möglichkeiten, die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Beachtung der Grundrechte auch bei der Anwendung ausländischen Rechts zu gewährleisten. Die Analyse und kollisionsrechtliche Bewertung der jeweiligen Ordnungsaufgabe wäre notwendig unvollständig ohne Berücksichtigung der ihr zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dies kann hier am Beispiel des Verbots der Legitimation bzw. Anerkennung von Ehebruchskindern dargestellt werden.

Die den obergerichtlichen Entscheidungen zumeist zugrunde liegenden Sachverhalte lassen sich auf folgende Konstellationen reduzieren [33]: Mutter und Kind sind Deutsche, der Vater Ausländer; sein Heimatrecht verbietet die Anerkennung (mit personenstandsrechtlichen Folgen) bzw. die Legitimation von Ehebruchskindern, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob Vater oder Mutter zum Empfängniszeitpunkt verheiratet waren. Durch die Anknüpfung an das Personalstatut des Vaters über Art. 22 Abs. 1 EGBGB ist dem danach maßgebenden ausländischen Recht zufolge eine Anerkennung bzw. Legitimation ausgeschlossen. Art. 22 Abs. 1 EGBGB bietet keine Korrekturmöglichkeit, da er nur Schutz vor Legitimation bieten kann [34].

---

32) So auch obiter der BGH NJW 1977, S. 1014. Ebenso Otto, StAZ 1973, S. 78; ders., NJW 1972, S. 1619; Jayme, NJW 1973, S. 934; OLG Hamm, IPRspr. 1973, Nr. 36 (Irak, neue Scheidung möglich); OLG Hamm IPRspr. 1972, Nr. 44 (Italien, Anerkennung möglich).

33) Vgl. BGHZ 50, 370 = FamRZ 1968, S. 642 m. Anm. Bosch = JZ 1969, S. 299 m. Anm. Heldrich = StAZ 1969, S. 11 m. Anm. Simitis; OLG Hamburg IPRspr. 1972, Nr. 99; OLG Celle IPRspr. 1971, Nr. 96; OLG Düsseldorf IPRspr. 1970, Nr. 85; OLG Frankfurt, StAZ 1969, S. 154 m. Anm. Lüderitz.

34) Vgl. hierzu BGHZ 64, 19.

Eine "Nachqualifikation" über die Vorbehaltsklausel führt jedoch zu einer Berichtigung der Anknüpfung.

Das Verbot der Anerkennung der Legitimation verstößt zweifellos aufgrund der hierin liegenden Benachteiligung und Diskriminierung nichtehelicher Kinder gegen Art. 6 Abs. 5 GG [35]. Darauf allein kann es aber nicht ankommen. So ist es sicherlich weder aus Art. 6 Abs. 5 GG noch aus sonstigen Gesichtspunkten gerechtfertigt, z.B. die Legitimation bei übereinstimmender Staatsangehörigkeit aller Beteiligten, die sich vorübergehend im Inland aufhalten, der fremden Rechtsordnung "aufzudrängen". Jedoch belegt Art. 6 Abs. 5 GG, daß in dieser Rechtsordnung den Interessen des Kindes Vorrang einzuräumen ist vor anderen Gesichtspunkten. Demgegenüber räumen Rechtsordnungen mit einem entsprechenden Verbot dem Schutz der Institution der Ehe Priorität ein. Aus der Zielsetzung sowohl der inländischen wie der ausländischen Regelung folgt, daß es nicht nur auf die Staatsangehörigkeit des Vaters ankommen kann, wie dies Art. 22 Abs. 1 EGBGB vorsieht.

Zur sachgerechten kollisionsrechtlichen Beurteilung muß vielmehr die Familie insgesamt, ihre Integration in die jeweilige Gesellschaft und Rechtsordnung berücksichtigt werden [36]. Dabei ist dies nicht nur hinsichtlich der legitimierenden Ehe, sondern auch hinsichtlich der vom Ehebruch betroffenen Familie in die Bewertung einzubeziehen. Ist von dem Ehebruch eine inländische Familie oder eine gemischt-nationale Familie mit Schwerpunkt im Inland betroffen, so kann dem ausländischen

---

35) Hierauf stellt der BGH BGHZ 50, 370, 376, ab.

36) Dementsprechend bezeichnet Simitis, StAZ 1969, S. 12, den Inlandsbezug der Staatsangehörigkeit als "flüchtig" und sieht den Schwerpunkt im gewöhnlichen Aufenthalt. Es wäre jedoch wünschenswert, wenn hierbei auch die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigt würden, vgl. Ansay/Martiny, Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht, S. 172 ff., 200 ff.

Legitimationsverbot keine Bedeutung zukommen, da ansonsten der inländischen Rechtsordnung die familienrechtlichen Zielsetzungen des fremden Rechts oktroyiert würden [37]. Ist hingegen eine ausländische Familie im Heimatstaat betroffen, so muß auch das Anwendungsinteresse dieser Rechtsordnung als legitim erachtet werden [38]. Grundsätzlich stehen sich die kollisionsrechtlichen Gesichtspunkte, die zum Heimatrecht des Vaters oder der Mutter hinweisen, gleichgewichtig gegenüber, so daß von einem internationalen Sachverhalt gesprochen werden kann. Hat jedoch die "neue" Familie den Schwerpunkt im Inland, wobei hier die ausländische Staatsangehörigkeit des Kindes und sein Aufenthalt im Inland als wesentliche Kriterien geeignet erscheinen, so muß sich das inländische Recht aufgrund der Wertung des Art. 6 Abs. 5 GG durchsetzen. Das ausländische Verbot der Legitimation oder der Anerkennung von Ehebruchskindern ist daher bei inländischer Staatsangehörigkeit des Kindes und seinem Aufenthalt im Inland nicht anzuwenden.

Eine Erprobung dieses Ansatzes im gesamten Bereich des IPR oder auch nur in einem seiner Teilbereiche würde den Rahmen diese Arbeit sprengen. Jedoch belegen die Beispiele, daß eine spezifische kollisionsrechtliche Auffassung des ordre public jedenfalls prima facie eine Differenzierung des Kollisionsrechts unter Berücksichtigung des materiellen Rechts ermöglicht, ohne daß auf Leerformeln oder die Wahl eines "besseren" Rechts zurückgegriffen werden müßte. Hervorzuheben ist, daß die Inhibierungsfunktion des ordre public nicht verlorengeht, sondern in seiner positiven Funktion aufgeht. Der Begründungsschwerpunkt liegt jedoch nicht mehr auf dem anstößigen oder

---

37) Insoweit liegt eine Parallele zu dem vom BVerfG entschiedenen Fall vor, vgl. oben S. 170. Im Ergebnis ebenso BGH, a.a.O., zustimmend auch Bökelmann, StAZ 1969, S. 169, 170.

38) So die Fallkonstellation bei der Entscheidung des OLG Hamburg IPRspr. 1972, Nr. 99.

stoßenden Inhalt des ausländischen Rechts, sondern auf den jeweiligen kollisionsrechtlichen Besonderheiten der Ordnungsaufgabe und der Ordnungssituation. Die von Art. 30 EGBGB geforderte Gegenrechtskontrolle wandelt sich von einer materiell-rechtlichen in eine kollisionsrechtliche Gegenrechtskontrolle; aus dem Vorbehalt zugunsten und aufgrund des inländischen materiellen Rechts wird eine Korrekturklausel.

§ 19

Allseitigkeit spezieller Kollisionsnormen - Allseitigkeit der Korrekturklausel?

Die Untersuchung hat sich bislang auf die Fälle beschränkt, in denen, entsprechend dem bisherigen Verständnis des ordre public, die Anwendung inländischen Rechts entgegen der auf ausländisches Recht verweisenden Kollisionsnorm infrage steht. Eine Auffassung, die die Möglichkeit und Notwendigkeit der Differenzierung und Korrektur der Kollisionsnormen nur zugunsten des inländischen Rechts in Betracht zieht, würde sich aber zu Recht den Vorwurf der nationalen Engstirnigkeit aussetzen. Ebenso wie die "allgemeinen und allgemeinsten" Kollisionsnormen bei der Anknüpfung ausländischen Rechts die sachgerechte Anknüpfung der speziellen Ordnungsaufgabe verfehlen können, kann dies bei dem Verweis auf inländisches Recht der Fall sein. Damit stellt sich einerseits die Frage, inwieweit die aus der Anwendung des Vorbehalts gegenüber dem Verweis auf ausländisches Recht gewonnenen speziellen Anknüpfungen einer Verallgemeinerung, also einem allseitigen Aufbau zugänglich sind. Andererseits erhebt sich aber auch die Frage, inwieweit die Korrektur der auf inländisches Recht verweisenden Kollisionsnormen, wie sie namentlich bei der Kollisionsnorm des Verfahrensrechts erörtert wird, auf gleichen Überlegungen aufbaut und daher auch als Ausfluß der

Korrekturklausel verstanden werden kann.

Die Frage nach der allseitigen Ausdehnung einseitig konzipierter Kollisionsnormen stellt sich für Rechtsprechung und Lehre seit der Geltung des EGBGB und ist dort in weitem Maße bejaht worden. Entsprechendes gilt m.E. auch heute noch sowohl für die normierten als auch für die in Rechtsprechung und Lehre entwickelten einseitigen Kollisionsnormen.

Wie bereits dargelegt, war in ihrem Ursprung die Lehre von der Sonderanknüpfung der Versuch einer allseitigen Ausdehnung der durch den ordre public "entdeckten" einseitigen Kollisionsnorm. Dem kann m.E. nicht entgegengehalten werden, daß es sich um spezielle ordre public-Klauseln oder Ausnahmeregeln handelt, bei denen eine allseitige Ausdehnung unzulässig sei [39]. Mit dieser bloß formalen Argumentation werden die eigentlichen Wertungsfragen, die auch aufgrund der aufgezeigten kollisionsrechtlichen Gesichtspunkte entschieden werden müssen, verfehlt. Als Beispiel soll hier das Problem des grenzüberschreitenden Abzahlungskaufs und des § 12 AGBG herangezogen werden [40].

---

39) So z.B. Kegel, IPR, S. 382, zu Art. 17 III EGBGB.

40) Die Charakterisierung des § 12 AGBG ist umstritten: z.T. wird er als Sonderanknüpfung betrachtet, die neben dem ordre public das inländische Recht zur Anwendung bringt, vgl. Landfermann, RIW/AWD 1977, S. 445 ff., 449; z.T. mit besonderem Hinweis auf den Terminus "berücksichtigen" statt "anwenden" (so noch der Regierungsentwurf) als besondere Ausprägung des (inhibierenden) ordre public, so Palandt-Heldrich, § 12 AGBG, Anm. 3; Schlosser/Coester-Waltger/Graba, AGBG, § 12, Rndr. 6 ff.; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG, § 12, Rdnr. 10; offen gelassen bei Sonnenberger, FS Ferid, S. 377 ff., 393; nach der hier vertretenen Ansicht entfällt dieser Unterschied. Die "Berücksichtigung" in § 12 AGBG ist m.E. dahin auszulegen, daß die Anpassung der Regeln des AGBG an das Auslandsrecht und die Besonderheiten des Sachverhalts mit Auslandsbezug (Auslandssachverhaltsnormen) in die diskretionäre Befugnis des Richters gestellt wird.

Der speziellen Anknüpfung des inländischen Rechts trotz entgegenstehender Parteivereinbarung oder der schuldvertraglichen Anknüpfung an berufs- oder vertragstypische Leistung liegen die Gesichtspunkte des besonderen Parteiinteresses des Käufers, die ausweislich der materiell-rechtlichen Regelung gegenüber denen des Verkäufers in besonderem Maße geschützt sind, zugrunde. Auch kollisionsrechtlich wird daher dem Vertrauensschutz des Käufers und den - auch sozialpolitisch motivierten - internen Verkehrsschutzinteressen größeres Gewicht zukommen müssen als dem Vertrauen des Verkäufers, der seine geschäftliche Tätigkeit in die fremde Rechts- und Sozialordnung ausweitet, in die Anwendung seines Heimatrechts oder dem Gesichtspunkt der Erleichterung des internationalen Verkehrs. An dieser kollisionsrechtlichen Bewertung auf der Grundlage der lex fori ändert aber auch eine Umkehrung der Anknüpfungsmomente (inländischer Verkäufer - ausländischer Käufer mit Anknüpfung am Wohnort - Umsatzgeschäft im Ausland) nichts. Bei ausländischen Rechtsordnungen mit schwächer ausgestaltetem Käuferschutz schadet die Vereinbarung des deutschen Rechts nicht, da hierin die Ausschöpfung der den Parteien verbleibenden Dispositionsmöglichkeiten zu sehen ist. Andernfalls muß aber auch hier die kollisionsrechtliche Bewertung des deutschen Richters zur Anwendung des ausländischen Rechts gelangen [41].

---

41) Dies findet bei § 12 AGBG eine Stütze auch darin, daß er auf Art. 7 des Vorentwurfs eines EG-Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (abgedr. in RabelsZ 38 (1974), S. 211 f.) zurückgeht, vgl. BT-Drucksache 7/3919, S. 40 f., der aber als allseitige Vorschrift konzipiert ist. Soll dementsprechend mit dieser Vorschrift auch einem ausländischen Richter die Anwendung des AGBG zugunsten eines deutschen Kunden nahegelegt werden, vgl. Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 12, Rdnr. 4, so muß dies realistischerweise auch im umgekehrten Verhältnis gelten.

Mit einer derartigen allseitigen Ausdehnung entfällt auch die Befürchtung der herrschenden Meinung, daß Folge der Anwendung des Vorbehalts stets eine "unparitätische" Anknüpfung sei. Im Gegenteil, auf diesem Wege besteht eine größere Chance einer paritätischen Anknüpfung als mit den undifferenzierten allgemeinen Kollisionsnormen in Verbindung mit einer bloß inhibierenden Vorbehaltsklausel.

Jedoch ist richtig, daß eine derartige allseitige Ausdehnung nicht immer möglich ist. Sie muß einmal dort scheitern, wo in internationalen Sachverhalten in engerem Sinne, also Sachverhalten mit insgesamt ausgeglichenen Anknüpfungslagen, eine spezielle Anknüpfung infrage steht. Dies ist dann unproblematisch, wenn die beteiligten Rechtsordnungen in ihren materiellen Regelungen harmonieren. Bei Ergebnisgleichheit kann die kollisionsrechtliche Entscheidung ohnehin dahingestellt bleiben, die von der Gegenmeinung hiergegen vorgetragenen revisionsrechtlichen Bedenken überzeugen nicht [42]. Bei unwesentlichen Abweichungen kann es - insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Comitas - bei der Anwendung des ausländischen Rechts sein Bewenden haben. Im übrigen aber muß dem Anwendungsinteresse der inländischen Rechtsordnung, namentlich bei vom Grundgesetz geschützten Positionen, der Vorzug gegeben werden. Hier kann auf den bereits erörterten Fall des Legitimationsverbots bei Ehebruch verwiesen werden. In manchen Fällen, besonders im Schuldrecht oder im Wirtschaftsrecht, kann auch der Weg der Bildung spezieller Sachnormen im IPR, wie er von Steindorff vorgeschlagen wird, gangbar sein, ohne daß hierfür Regeln aufgestellt werden können. Die allseitige Ausdehnung ist schließlich in den Fällen nicht möglich, in denen

---

42) Wie hier Kegel, IPR, S. 226; Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 85 f.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 335; a.A. die höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. RGZ 167, 274, 280; BGH IPRspr. 1956/57, Nr. 1; BGH NJW 1965, S. 487, 489.

die Korrekturklausel aufgrund einer vorangegangenen ungleichgewichtigen Anknüpfung wie bei dem Verbot der Doppelehe bei vorgangegangener Scheidung eingreift [43].

Die Vergleichbarkeit der Ansätze zur Differenzierung der auf in- oder ausländisches Recht verweisenden Kollisionsnormen soll am Beispiel der Kollisionsnorm des Verfahrensrechts erläutert werden. Auf den ersten Blick wird mit der allgemein anerkannten, auch international üblichen Anknüpfung an die lex fori bei einem Verfahren von einem deutschen Gericht ausnahmelos das inländische Verfahrensrecht angewandt [44]. Eine genauere Analyse zeigt jedoch, daß dieser Grundsatz eine Vielzahl von Durchbrechungen erleidet und weitere Ausnahmen sachangemessen erscheinen.

Die Lehre rechtfertigt diese Abweichungen von der lex fori jedoch überwiegend mit einer materiell-rechtlichen statt einer prozessualen Qualifikation. Dabei wird die Grenze zwischen dem

---

43) S.o.; es ist dieser Bereich, in dem eine Kollisionsnorm, die alle Sachverhalte erfaßt, auch spezifische Anforderungen an den Inhalt des ausländischen Rechts in ihren Tatbestand aufnehmen muß; vgl. Siehr, RabelsZ 36 (1972), S. 122; Kahn, Abh. I, S. 500 f.

44) Allerdings sind die Begründungen hierfür sehr unterschiedlich. Z.T. wird diese Kollisionsnorm direkt auf den ordre public gestützt, so Riezler, IZPR, S. 91 ff. (vermutlich eine Reminiszenz an die Neostatuisten); ebenso wird der öffentlich-rechtliche Charakter des Prozeßrechts herangezogen, so v. Craushaar, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen, S. 21 ff.; Kegel, IPR, S. 485, sieht eher praktische Gründe: Bei Verfahren nach fremdem Recht würden die Gerichte zu langsam und unsicher und mit Verlust an Würde arbeiten. V. Bar führt die Regel "locus regit actum" und die freiwillige Unterwerfung der Parteien an, vgl. Theorie und Praxis, Bd. II, S. 358 ff. Schließlich wird auf die §§ 55, 369 ZPO verwiesen, vgl. Stein-Jonas-Pohle, Einleitung N I 2; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 6 II 1, kombiniert alle Begründungen. Zur Kritik an all diesen Begründungsversuchen vgl. Grunsky, ZZP 89 (1976), S. 242 ff.

materiellen Recht und dem Prozeßrecht kollisionsrechtlich durch "autonome" - so Niederländer - oder "funktionale" - so Neuhaus - Qualifikation weit zugunsten des materiellen Rechts verschoben [45]. So will Niederländer alle streitentscheidenden Normen materiell-rechtlich qualifizieren, der Kollisionsnorm der anwendbaren lex fori soll nur die prozeßordnenden Normen verbleiben [46]. Neuhaus unterwirft aufgrund seiner funktionalen Qualifikation Partei- und Prozeßfähigkeit, Prozeßführungsrecht und -pflicht, Klagbarkeit und Zulässigkeit von Unterhaltsklagen, Klageausschlußfristen, Verjährung, Beschränkung der zulässigen Beweismittel, Beweislast und Umfang der Rechtskraft aufgrund des Zusammenhangs mit dem materiellen Recht den hierfür maßgeblichen Kollisionsnormen [47].

Gegen eine so weitgehende Verschiebung der Grenzen zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht müssen jedoch Bedenken erhoben werden. Zwar sind im Rahmen der primären Qualifikation auch kollisionsrechtliche Gesichtspunkte heranzuziehen, dies kann jedoch nicht dazu führen, daß die Aussagekraft und damit der normative Gehalt der Systembegriffe völlig beiseite geschoben wird. Diese Grenze wird bei Niederländer und Neuhaus überschritten. Sicherlich kann dort, wo auch im inländischen Recht die Grenzziehung zweifelhaft ist wie z.B. bei der Beweislast, eine materiell-rechtliche Qualifikation einsetzen. Verweist das Prozeßrecht auf das materielle Recht, sind ohnehin die entsprechenden Kollisionsnormen heranzuziehen [48]. Jedoch halte

---

45) Vgl. Niederländer, RabelsZ 20 (1955), S. 1 ff.; Neuhaus, RabelsZ 20 (1955), S. 201 ff.; ders., Grundbegriffe, S. 130, 396.

46) Vgl. Niederländer, a.a.O., S. 19, 41.

47) Neuhaus, Grundbegriffe, S. 130; Niederländer, a.a.O., S. 49, nimmt von der Anwendung des ausländischen Rechts ausdrücklich Rechtskraft und Zwangsvollstreckung aus.

48) Zur Einordnung der Beweislast vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 282, Bem. IV 3 m.w.N.; zur Qualifikation s. Kegel, IPR, S. 486; BGHZ 42, 385, 388 f.; a.A. Riezler, IZPR, S. 465; zur Partei- und Prozeßfähigkeit vgl. Kegel, IPR, S. 247, 256.

ich es aus dem genannten Grunde nicht für möglich, eindeutig prozessuale Fragen wie die der Rechtskraft oder der Beschränkung der zulässigen Beweismittel kollisionsrechtlich dem materiellen Recht zuzuordnen [49]. Zudem erscheint dies auch inhaltlich zweifelhaft: Soll z.B. eine im Inland entstandene, ohne Wissen der Beteiligten aufgenommene Tonbandaufzeichnung eines Gesprächs als Beweismittel zugelassen werden, wenn das ausländische Recht dies zuläßt? Oder soll ein Zeugnisverbot für die Ehefrau einer der Parteien auch dann Beachtung finden, wenn es sich um eine deutsche Staatsangehörige handelt? Eine materiell-rechtliche Qualifikation wird also nur in Grenzfällen zu einer sachangemessenen Lösung gelangen.

Auch der Vorschlag, den v. Craushaar im Anschluß an H. Müller vorgelegt hat, kann nicht befriedigen [50]. Hiernach sollen die "sachgerechtsbezogenen" Verfahrensnormen, die auf spezifische inländische Sachrechtsinstitute bezogen sind und ihrer Durchsetzung dienen, bei der Anwendung materiellen ausländischen Rechts außer Betracht bleiben [51]. An ihre Stelle soll aber mit wenigen Ausnahmen nicht das entsprechende ausländische Verfahrensrecht treten, sondern die generellen inländischen Verfahrensvorschriften zur Anwendung kommen. V. Craushaar begründet diesen Schritt vor allem mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Verfahrensrechts. Die grundsätzliche Ablehnung der Anwendung ausländischen Prozeßrechts wegen seines öffent-

---

49) So auch Grunsky, a.a.O., S. 247.

50) Vgl. v. Craushaar, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen; vgl. H. Müller, JbIntR 5 (1955), S. 239 ff.

51) V. Craushaar, a.a.O., S. 30 ff; zu dem von v. Craushaar herangezogenen erbrechtlichen Verfahren auf der Grundlage materiellen österreichischen Erbrechts, vgl. auch Schlechtriem, Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahrensrecht, der zu sehr ähnlichen Ergebnissen, die jedoch dem ausländischen Recht mehr Raum geben, auf der Grundlage des französischen Rechts kommt.

lich-rechtlichen Charakters kann nicht überzeugen, da hier wie in anderen Bereichen die Regel von der Nichtanwendbarkeit fremder öffentlich-rechtlicher Normen hinfällig geworden ist [52]. Auch die Differenzierung zwischen "sachrechtsbezogenen" und allgemeinen Verfahrensnormen ist nicht nur kaum durchführbar, sondern auch in vielen Fällen nicht sachgerecht. Gerade die oben genannten Beispiele bei Neuhaus zeigen, daß auch die Zuordnung allgemeiner Prozeßnormen infrage steht.

Grunsky, der an Beispielen aus dem Beweisrecht, der Vollstreckbarkeit von Vorbehaltsurteilen und einstweiligen Leistungsverfügungen und der Erstreckung von Urteilswirkungen auf Dritte nachweist, daß auch in unumstritten prozeßrechtlichen Fragen die Rechtswahl problematisch ist [53], schlägt vor, die lex fori nur dort anzuwenden, wo der ausländischen Partei ein Ausrichten ihres Verhaltens am deutschen Prozeßrecht zugemutet werden kann. Soweit dagegen das Verfahrensrecht an vorprozessuale, einseitig nicht mehr veränderliche Fakten anknüpft, soll der Gleichlauf zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht hergestellt werden [54]. Damit hat Grunsky einen wesentlichen, aber wohl nicht allein maßgeblichen Gesichtspunkt für die Rechtswahl im Verfahrensrecht aufgedeckt. So soll nach Grunsky z.B. die Prozeßführungsbefugnis und die Voraussetzung und Umfang der Vollstreckung im Gleichlauf mit dem dem Anspruch zugrunde liegenden Recht beurteilt werden. Mit der gewillkürten Prozeßstandschaft ist jedoch nach deutschem Recht auch eine Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsinhaber verbunden [55]. Es ist zweifelhaft, ob einer inländischen Partei ein Verfahren aufgrund einer nach fremdem Recht zu beurteilenden Prozeß-

---

52) Vgl. Zweigert, IPR und öffentliches Recht, S. 124 ff., s. auch oben, Kap. 2.
53) Grunsky, a.a.O., S. 249 ff.
54) a.a.O., S. 254 f.
55) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 325, Anm. 5 B; Thomas-Putzo, § 325, Am. 1 d.

standschaft zugemutet werden soll, wenn dieses Recht eine solche Rechtskrafterstreckung nicht oder nur eingeschränkt zuläßt. Ebenso muß hinsichtlich der Vollstreckungsschutzvorschriften ihr sozialpolitischer Regelungszweck berücksichtigt werden, so daß sie bei Vollstreckung gegen einen im Inland wohnenden Schuldner nicht durch ausländisches Recht verdrängt werden können [56]. Dies zeigt, daß auch im Prozeßrecht die kollisionsrechtliche Differenzierung von einer Einzelanalyse der jeweiligen Ordnungsaufgabe ausgehen muß.

Die Beispiele für die Zurückdrängung inländischen Rechts trotz seiner Anknüpfung durch eine generelle Kollisionsnorm ließen sich vermehren [57]. Jedoch zeigt schon die verfahrensrechtliche Kollisionsnorm, daß es auch hier um die Korrektur der zu breiten Verweisungsnorm geht, die in speziellen Ordnungsaufgaben dem materiell-rechtlichen Regelungszweck und den anderen einzubeziehenden Faktoren (Parteiinteressen, Verkehrsinteressen etc.; im Prozeßrecht auch die Prozeßökonomie) nicht gerecht wird. Die Parallele zur Verwendung des Art. 30 EGBGB als Korrekturklausel gegenüber der Wahl ausländischen Rechts ist unübersehbar, in der Terminologie des Art. 30 EGBGB widerspricht hier die Anwendung des inländischen Rechts seinem Sinn und Zweck. Daher kann, auch wenn diese These angesichts der bisherigen Auffassung zum ordre public gewagt erscheinen muß, auch die Differenzierung der auf inländisches Recht verweisenden Kollisionsnorm als Funktion des als Korrekturklausel verstandenen Art. 30 EGBGB aufgefaßt

---

56) Auch Grunsky, a.a.O., S. 259, FN 61, sieht hier ein häufiges Eingreifen des ordre public voraus. Dementsprechend sollte aber besser gleich eine sachgerechte Kollisionsnorm, die den speziellen Faktoren Rechnung trägt, entwickelt werden.

57) Vgl. z.B. zum Sachenrecht Staudinger-Stoll, nach Art. 12, Rdnr. 109; zu § 313 BGB Wengler, NJW 1969, S. 2237; a.A. die h.M. und die Rspr., vgl. BGHZ 52, 239; BGHZ 57, 337; Mann, FS Raiser, S. 508.

werden. Dabei geht es nicht um die Beachtung eines ausländischen ordre public, die kollisionsrechtliche Bewertung erfolgt auch in diesem Fall auf der Grundlage der lex fori.

§ 20

Ergebnis und offene Fragen

Die Untersuchung der Funktion des ordre public im IPR hat sich auf den Vorbehalt des nationalen Kollisionsrechts beschränkt. Für mögliche Folgerungen für die Prüfung und Anwendung des Vorbehalts im Rahmen der Urteilsanerkennung und innerhalb der kollisionsrechtlichen Staatsverträge können hier nur Hinweise gegeben werden. Auch bei § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist es m.E. möglich, die Auffassung des ordre public als Korrektur der Anknüpfung nachzuvollziehen. Die für die Urteilsanerkennung entscheidende Frage lautet dann, inwieweit die Rechtswahl des ausländischen Richters für die inländische Rechtsordnung akzeptabel ist. Dies findet eine Bestätigung in der Auffassung, daß der Inhalt des ordre public bei der Rechtswahl und der Rechtsanwendung durch den inländischen Richter nicht notwendig deckungsgleich mit dem bei der Anerkennung eines ausländischen Judikats sein muß [58]. Zudem ist in § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, der überwiegend als spezielle Ausformung des ordre public betrachtet wird, das Erfordernis der Berücksichtigung einiger, dem damaligen Normgeber besonders relevant erscheinender Kollisionsnormen bereits niedergelegt [59]. Schließlich hat kürzlich der BGH über § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO der Kollisionsnorm des § 61 Börsengesetz gegenüber einem ausländischen Urteil Geltung verschafft [60]. Die Aufgabe würde sich somit

58) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 30 EGBGB, Anm. H I; a.A. Roth, Der Vorbehalt des ordre public, S. 97 f.

59) Vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 328 ZPO, Anm. VI Nr. 1; Riezler, IZPR, S. 538; a.A. Roth, a.a.O., S. 102 ff.; Gesler, § 328 ZPO, Ein Beitrag zu der Lehre von der zwingenden Natur der Kollisionsnormen, S. 71, 90, 128.

60) BGH NJW 1975, S. 1600.

dahin stellen, die über Art. 30 EGBGB entwickelten speziellen Kollisionsnormen und Einzelfallanknüpfungen auszusondern, die ebenso wie die in § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO genannten Kollisionsnormen für die Anerkennung eines ausländischen Urteils darin im Ergebnis berücksichtigt sein müssen.

Eine Übertragung der hier vorgeschlagenen Auffassung der Vorbehaltsklausel auf den ordre public-Vorbehalt in Staatsverträgen würde dort zur Frage führen, wie weit neben den im Staatsvertrag niedergelegten Vereinbarungen spezielle, einzelstaatliche Anknüpfungen möglich sind. Diese Frage wäre in erster Linie aus dem Staatsvertrag selbst, seinem Regelungsziel, dem erreichten Konsens etc. zu erschließen. Darüber hinaus wird zu fordern sein, daß auch diese spezlellen Anknüpfungen sich möglichst weitgehend an das mit der Vereinbarung vorgelegte Regelungsmuster anlehnen [61].

Diese Folgen einer positiven kollisionsrechtlichen Funktion des ordre public werfen keine unüberwindbaren Hindernisse auf. Insgesamt jedoch bietet die Auffassung des Art. 30 EGBGB als Kollisionsnorm und die Zusammenfassung von Qualifikation der regulären Kollisionsnormen und Nachqualifikation der Vorbehaltsklausel die Möglichkeit einer Evolution des Kollisionsrechts, die dringend erforderlich ist. Die Konkretisierung des ordre public nicht als materielle begründete Zurückweisung des ausländischen materiellen Rechts, sondern als Korrektur der Anknüpfung erlaubt die Umsetzung der vom materiellen Recht verfolgten Ziele einschließlich der hier berücksichtigten Gemeininteressen in das Kollisionsrecht. Mit dem Wandel zur Korrekturklausel verliert der ordre public nicht nur seine Stellung als kollisionsrechtlicher Fremdkörpers, sondern ermöglicht die Entwicklung spezieller Anknüpfungen und Kollisionsnormen, ohne daß auf methodische

---

61) Vgl. auch Kropholler, Int. Einheitsrecht, S. 341 ff.

Kunstgriffe wie in der Lehre von der Sonderanknüpfung oder bei den sogenannten "versteckten" Kollisionsnormen zurückgegriffen werden muß oder dem System des konventionellen IPR ein konkurrierendes kollisionsrechtliches System gegenübergestellt werden muß.

Literaturverzeichnis

Albers, Jan Hartmann, Peter	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. Begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, 35. Aufl., München 1977 (zit. Baumbach-Lauterbach)
Aubin, Bernhard	Die rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmaßstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtsprechung, in: Deutsche Landesreferae zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Upsala 1966, S. 99 ff.
Bär, Rolf	Kartellrecht und internationales Privatrecht, Karlsruhe 1965
v. Bar, Ludwig	Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Bd. 1 und 2, 2. Aufl., Hannover 1889
Batiffol, Henri Lagarde, Paul	Droit international privé, Bd. I, 6. Aufl., Paris 1974; Bd. II, 5. Aufl., Paris 1971
Baur, Fritz	Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen ordre public, in: Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973, S. 1 ff.
Becker, Friedrich	Zur Geltung der Grundrechte im IPR, NJW 1971, 1491
Beitzke, Günther	Betrachtungen zur Methodik im internationalen Privatrecht, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S. 1 ff.

Beitzke, Günther	Grundgesetz und internationales Privatrecht, Berlin 1961
Beitzke, Günther	Alternative Anknüpfungen, in: Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, München 1978, S. 39 ff.
Bernstein, Herbert	Ein Kollisionsrecht für die Verfassung, NJW 1965, 2273
Birk, Rudolf	Die Umrechnungsbefugnis bei Fremdwährungsforderungen im internationalen Privatrecht, RIW/AWD 1973, 425
Bleckmann, Albert	Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international, Zauslöff RVR 34 (1974), 112 ff.
Bodenheimer, Edgar	The Need for a Reorientation in American Conflict Law, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für Frederick Alexander Mann, München 1977, S. 123 ff.
Bökelmann, Erhard	Probleme des Legitimationsrechts, StAZ 1969, 169 ff.
Braga, Sevold	Internationales Privatrecht, Kollisionsrecht, Normengrenzrecht, in: Festschrift für Ludwig Schnorr v. Carolsfeld, Köln, Berlin u.a. 1972, S. 89 ff.
v. Brunn, Johann-H.	Der europäische ordre public, NJW 1962, 985 ff.
Bucher, Andreas	Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im Internationalen Privatrecht (aus kontinental-europäischer Sicht), Basel u. Stuttgart 1975

Bullinger, Martin — Öffentliches Recht und Privatrecht - Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung, Stuttgart, Berlin u.a. 1968

Cavers, David F. — A Critique of the Choice-of-Law Problem, Harvard Law Review 47 (1933/34), 173 ff.

Cavers, David F. — The Choice-of-Law Process, Ann Arbor 1965

Cavers, David F. — Contemporary conflicts law in American perspective, Rec. des Cours 133 (1970 III), 75 ff., Leyden 1971

Coing, Helmut — Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte, in: Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, London 1950, S. 191 ff.

Coing, Helmut — Kant und die Rechtswissenschaft, in: Kant und die Wissenschaften - Frankfurter Universitätsreden, Heft 12, S. 34 ff., Frankfurt a.M. 1955

Coing, Helmut — Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, S. 25 ff.

Coing, Helmut — Rechtsverhältnis und Institution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny, in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Bd. III, Athen 1964, S. 19 ff.

v. Craushaar, Götz — Die internationale Anwendbarkeit deutscher Prozeßrechtsnormen, Karlsruhe 1961

Currie, Brainerd	Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham 1963
Currie, Brainerd	The Disinterested Third State, Law and Contemporary Problems 28 (1963), 754 ff.
Dicey, Albert Venn Morris, J.H.C.	The conflict of laws, 9. Aufl., London 1973
Dieckmann, Albrecht	Eheschließung eines katholischen Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen - BGHZ 41, 136, JuS 1966, 99 ff.
Dietlein, Max Josef Rebmann, Eberhard	AGB aktuell, Köln 1976
Dietzi, Hans-Peter	Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen internationalen Privatrecht, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1973, Basel, Stuttgart 1973, S. 49 ff.
Dilger, Konrad	Zum iranischen Recht im Rahmen des Haager Minderjährigen-Schutzabkommens, FamRZ 1973, 530 ff.
Dilger, Konrad	Anm. zu BGH, Vorlegungsbeschluß vom 20.12.1972 und zum Beschluß des KG vom 19.2.1973, StAZ 1973, 218
Dölle, Hans	Der Ordre Public im Internationalen Privatrecht, in: Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, London 1950, S. 397 ff. = Beiträge zum Bürgerlichen Recht (Hrsg. Ernst Wolff), Berlin u. Tübingen 1950, S. 89 ff.

Dölle, Hans	Anm. zu BGH vom 21.11.1958, JZ 1958, 489
Drobnig, Ulrich	Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts, in: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende, Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 141 ff.
Ehrenzweig, Albert A.	Specific Principles of Private Transnational Law, in: Rec. des Cours 124 (1968 II), Leyden 1969, S. 167 ff.
Ehrenzweig, Albert A.	Das Desperanto des zweiten "Restatement of Conflict Laws", in: JuS Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein, Bd. I, Tübingen 1969, S. 343 ff.
Esser, Josef	Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
Esser, Josef	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung - Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, durchgesehene und ergänzte Ausgabe, Frankfurt a.M. 1972
Esser, Josef	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. unv. Aufl., Tübingen 1974
Esser, Josef	Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 518 ff.
Esser, Josef Stein, Erwin	Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, Frankfurt 1966

Ferid, Murad	Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd. II, Tübingen 1963, S. 119 ff.
Ferid, Murad	Rezension von: Beitzke, Grundgesetz und internationales Privatrecht, FamRZ 1963, 58
Ferid, Murad	Das französische Zivilrecht, Bd. I, Frankfurt/ Berlin 1971
Ferid, Murad	Internationales Privatrecht, Berlin 1975
Fink, Friedrich	Die Prinzipien des internationalen Privatrechts und die Vorbehaltsklausel, Ein Beitrag zur Methodik des Internationalen Privatrechts, NiemeyersZ XXIV (1914), 138
Firsching, Karl	Einführung in das internationale Privatrecht einschließlich des internationalen Verfahrensrechts, München 1974
Fischer, Erwin	Anmerkung zu BGH vom 12.12.1964, NJW 1964, 1323
Fischer, Erwin	Die Gleichberechtigung im IPR, JZ 1974, 661 ff.
Frankenstein, Ernst	Internationales Privatrecht, Berlin 1926
Gamillscheg, Franz	Der Einfluß Damoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, Berlin und Tübingen 1955
Gamillscheg, Franz	Die Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts, in: Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, München und Berlin 1956, S. 323 ff.

Gamillscheg, Franz	Überlegungen zur Methode der Qualifikation, in: Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1970, S. 79 ff.
Geimer, Reinhold Schütze, Rolf A.,	Internationale Urteilsanerkennung, München 1971
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München 1971
Gesler, Helmuth	§ 328 ZPO, Ein Beitrag zu der Lehre von der zwingenden Natur der Kollisionsnorm, Hamburg 1933
Goerke, Paula	Bemerkungen zum Methodenstreit im internationalen Privatrecht, NJW 1975, 1587 ff.
Grunsky, Wolfgang	Lex fori und Verfahrensrecht, ZZP 89 (1976), 241 ff.
Gutzwiller, Max	Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, Freiburg (Schweiz) 1923
Gutzwiller, Peter Max	Von Ziel und Methode des internationalen Privatrechts, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht XXV (1968), S. 161 ff.
Habicht, Hermann	Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (herausgegeben vom Max Greiff), Berlin 1907
Hartwieg, Oskar	Der Gesetzgeber des EGBGB zwischen den Fronten heutiger Kollisionsrechts-Theorien, in: RabelsZ 42 (1978), 431 ff.
Hartwieg, Oskar Korkisch, Friedrich	Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881 - 1896, Tübingen 1973

Hay, Peter	International versus Interstate Conflicts law in the United States, RabelsZ 35 (1971), 429 ff.
von Hecke, George	Vertragsautonomie und Wirtschaftsgesetzgebung im internationalen Vertragsrecht, ZfRV 7 (1966), 23 ff.
Heini, Anton	Neuere Strömungen im amerikanischen internationalen Privatrecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht XIX (1962), S. 31 ff.
Heldrich, Andreas	Anmerkung zu BGH vom 17.9.1968, JZ 1969, 300
Henkel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1977
Henrich, Dieter	Wann verbietet der deutsche ordre public die Anwendung ausländischen Rechts?, StAZ 1966, 301
Henrich, Dieter	Die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung fremden Rechts, RabelsZ 36 (1972), 2 ff.
Henrich, Dieter	Verfassungswidrige Kollisionsnormen - ein Rechtschaos?, RabelsZ 38 (1974), 419 ff.
Herrmann, Günter	Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre, Berlin 1963
v. Hoffmann, Bernd	Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974), 396 ff.
Holder, William E.	Public Policy and National Preference, in: The Exclusion of Foreign Law in English Private International Law Int. Comp. L.Q. 17 (1968), 926 ff.

Hoppe, Helga	Die Qualifikation von Rechtssätzen, Berlin 1970
Jaenicke, Günther	Zur Frage des internationalen ordre public, in: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7 (9. Tagung 1965), Karlsruhe 1967, S. 77 ff.
Jayme, Erik	Grundrechte der Eheschließungsfreiheit und Wiederheirat geschiedener Ausländer, RabelsZ 36 (1972), 19 ff.
Jayme, Erik	Anmerkung zu BGH, Vorlegungsbeschluß vom 20.12.1972, JR 1973, 248
Jayme, Erik	Zur Scheidung und Wiederverheiratung von Italienern, NJW 1973, 934 f.
Jayme, Erik	Zur Anerkennung ausländischer Adoptionen, StAZ 1974, 309 ff.
Jayme, Erik	Zur Krise des "Governmental Interest Approach", in: Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 359 ff.
Jayme, Erik	Zur Auslegung des § 1931 IV BGB bei ausländischem Ehegüterrechtsstatut, in: Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, München 1978, S. 221 ff.
Joerges, Christian	Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, Berlin/Tübingen 1971
Joerges, Christian	Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, RabelsZ 36 (1972), 421 ff.
Juenger, Friedrich K.	Möglichkeiten einer Neuorientierung des internationalen Privatrechts, NJW 1973, 1521 f.

Juenger, Friedrich K.	Zum Wandel des internationalen Privatrechts, Karlsruhe 1974
Kahn, Franz	Gesetzeskollisionen, in: Iherings, Jahrbücher XXX (1890) 1 - 225 = Abhandlungen zum internationalen Privatrecht (Hrsg. O. Lehnel und H. Lewald), Bd. 1, S. 1 ff., München/ Leipzig 1928 (zitiert hiernach Kahn, Abhandlungen ...)
Kahn, Franz	Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze), in: Iherings Jahrbücher XXXIX (1898), S. 1 ff. = Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, S. 161 ff.
Kahn, Franz	Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts, in: Iherings Jahrbücher XL (1898), S. 18 ff. = Abhandlungen, Bd. 1, S. 253 ff.
Kahn-Freund, Otto	Reflections on Public Policy in the English Conflict of Laws: Transact. Grotius, Society 39 (1954), S. 39 ff.
Kaufmann, Horst	Zur Geschichte der international-privatrechtlichen Vorbehaltsklausel von den Glossatoren bis Bartolus, in: Studien zu europäischen Rechtsgeschichte (Hrsg. Walter Wilhelm), Frankfurt 1972, S. 66 ff.
Kegel, Gerhard	Der Gegenstand des internationalen Privatrechts, in: Festschrift für Leo Raape, Hamburg 1948, S. 1 ff.
Kegel, Gerhard	Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, S. 259 ff.
Kegel, Gerhard	The Crisis of Conflict of Laws, Rec. des Cours 112 (1964 II), 95 ff.

Kegel, Gerhard	Embarras de Richesse, RabelsZ 36 (1972), 27 ff.
Kegel, Gerhard	Wandel auf dünnem Eis, in: Juenger, Zum Wandel des internationalen Privatrechts, Karlsruhe 1974
Kegel, Gerhard	Die selbstgerechte Sachnorm, in: Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig, Köln 1976, S. 52 ff.
Kegel, Gerhard	Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1977
Kegel, Gerhard Lüderitz, Alexander	Hindernis des Bandes für Ausländer trotz Scheidung in Deutschland?, FamRZ 1964, 57
Kiefner, Hans	Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft - Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Frankfurt 1969, S. 3 ff.
Kronke, Herbert	Zur Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Auslandsberührung, NJW 1977, 992 f.
Kronstein, Heinrich	Crisis of Conflict of Laws, Georgetown Law Journal 37 (1949), 483 ff.
Kronstein, Heinrich	Das Recht der internationalen Kartelle, Berlin 1967
Kropholler, Jan	Internationales Einheitsrecht - allgemeine Lehren, Tübingen 1975
Kropholler, Jan	Gleichberechtigung durch Richterrecht, Bielefeld 1975

Kropholler, Jan — Gleichberechtigung und Aufenthaltsprinzip im deutschen IPR, FamRZ 1976, 316 ff.

Kropholler, Jan — Die Anpassung im Kollisionsrecht, in: Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, München 1978, S. 279 ff.

Kropholler, Jan — Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, in: RabelsZ 42 (1978), 634 ff.

Lainé, Armand — Introduction au Droit International Privé, Bd. 1, Paris 1888, Bd. 2, Paris 1892, unveränderter Nachdruck Glashütten i.T. 1970

Landfermann, Hans-Georg — Allgemeine Geschäftsbedingungen und Auslandsgeschäfte, RIW/AWD 1977, 445 ff.

Larenz, Karl — Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977

Leflar, Robert A. — American Conflicts Law, Indianapolis 1968

Lewald, Hans — Das deutsche internationale Privatrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931

Lloyd, Dennis — Public Policy - A Comparative Study in English and French Law, London 1953

Lockemann, Ulrich — Grundrechtswidrige Kollisionsnormen und Rechtsprechung, NJW 1976, 1004 ff.

Löwe, Walter
Graf von Westphalen, F.
Trinkner, Rainer, — Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977

Lorenz, Egon	Zur Struktur des internationalen Privatrechts - Ein Beitrag zur Reformdiskussion, Berlin 1977
Lorenzen, Ernest G.	Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws 33 (1924), Yale N.J., 736 ff.
Lüderitz, Alexander	Anmerkung zu BGH vom 21.11.1958, NJW 1959, 1032
Lüderitz, Alexander	Grundgesetz contra internationales Privatrecht? Vorschlag zur Bestimmung des Geltungsbereichs von Grundrecht, RabelsZ 36 (1972), 35 ff.
Lüderitz, Alexander	Anknüpfung im Parteiinteresse, in: Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 31 ff.
Lüer, Hans-Jochem	Börsentermingeschäftsfähigkeit und Differenzeinwand, in: JZ 1979, 171 ff.
Luther, Gerhard	Ersatz immaterieller Schäden bei Verlöbnisbruch im internationalen Privatrecht und in Auslandsrechten, FamRZ 1959, 475 ff.
Makarov, Alexander N.	Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht, RabelsZ 17 (1952), 382 ff.
Makarov, Alexander N.	Theorie und Praxis der Qualifikation, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle II, Tübingen 1963, S. 149 ff.
Makarov, Alexander N.	Grundriß des internationalen Privatrechts, Frankfurt 1970
Makarov, Alexander N.	Art. 6 I Grundgesetz und die Anwendung spanischen Eherechts, RabelsZ 36 (1972), 54 ff.

Mann, Frederick A.	Das Recht des Geldes, Frankfurt und Berlin 1960
Mann, Frederick A.	Conflict of Laws and Public Law, Rec. des Cours 132 (1971 I), 107 ff.
Mann, Frederick A.	Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 499 ff.
Mann, Fredrick A.	Börsentermingeschäfte und internationales Privatrecht, in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 737 ff.
van Mehren, Arthur T. Trautman, Donald T.	The Law of Multistate Problems, Boston und Toronto 1975
Meise, Helmut	Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht, Dissertation, Hamburg 1966
Melchior, George	Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1932
Mommsen, Friedrich	Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland das Verhältnis des inländischen Rechts zum ausländischen zu normieren?, AcP 61 (1878), 149 ff.
Müller, Klaus	Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public, RabelsZ 36 (1972), 60 ff.
Müller, Horst	Der Schuldausspruch bei Ehescheidungen durch deutsche Gerichte nach ausländischem Recht, Jahrbuch für internationales Recht 5 (1955), S. 239 ff.

v. Müller-Freienfels, W. "Spanierheiraten" Geschiedener im Meinungsstreit, in: Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 55 ff.

Müller-Graff, P.-Ch. Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1977, 245 ff.

von Münch, Ingo (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Frankfurt 1974; Bd. II, München 1976

Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899

Neuhaus, Paul Heinrich Internationales Zivilprozeßrecht und internationales Privatrecht, RabelsZ 20 (1955), 201 ff.

Neuhaus, Paul Heinrich Zum "internationalistischen Formalismus" des internationalen Privatrechts, WM 1966, 134

Neuhaus, Paul Heinrich Rezension von Francescakis, Conflits des Lois, RabelsZ 33 (1969), 194

Neuhaus, Paul Heinrich Neue Wege im europäischen IPR?, RabelsZ 35 (1971), 401 ff.

Neuhaus, Paul Heinrich Bundesverfassungsgericht und internationales Privatrecht, Versuch einer Bilanz, RabelsZ 36 (1972), 127 ff.

Neuhaus, Paul Heinrich Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976

Neuhaus, Paul Heinrich — Rezension von Schwander, Lois d'Application Immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnorm und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im IPR und Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftlicher Art, im internationalen Vertragsrecht, RabelsZ 41 (1977), 426 ff.

Neuhaus, Paul-Heinrich — Entwicklungen im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts, in: Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 23 ff.

Neumayer, Karl — Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Bd. I, München 1901; Bd. II, München 1916, Nachdruck in einem Band, Berlin 1969

Neumayer, Karl Heinz — Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht, in: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrechte, Heft 12, Karlsruhe 1958, S. 35 ff.

Neumayer, Karl Heinz — Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle II, Tübingen 1963, S. 179 ff.

Neumayer, Karl Heinz — Zur Zivilehe eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen, RabelsZ 36 (1972), 73 ff.

Neuner, Robert R. — Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm. Eine Kritik der Qualifikationstheorie, Brünn 1932

Niederländer, Hubert — Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht, RabelsZ 20 (1955), 1 ff.

Niemeyer, Theodor	Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin
Niemeyer, Theodor	Anmerkung zu Supreme Court, Andrews v. Andrews, NiemeyersZ 13 (1903), 447 f.
Niemeyer, Theodor	Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, München 1915
North, P.M.	Cheshire's Private International Law, 9. Aufl., London 1974
de Nova, Rudolpho	Historical and comparative introduction to conflicts of laws, Rec. des Cours 118 (9166 II), 443 ff.
Nussbaum, Arthur	Grundzüge des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, München und Berlin 1952
v. Olshausen, Henning	Grundrechte und Anwendung ausländischen Rechts, DVBl. 1974, 652 ff.
Otto, Günter	Die Wiederverheiratung in Deutschland geschiedener Ausländer, StAZ 1972, 157 ff.
Otto, Günter	Die Wiederverheiratung bei "hinkender" Scheidung eines Ausländers, StAZ 1973, 78 ff.
Palandt-Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl., München 1977 (Bearbeiter Art. 7 bis 31 EGBGB Heldrich, Andreas)
Paulsen, Monrad G. Sovern, Michael I.	Public policy and the conflict of laws, Columbia Law Review 56 (1956), 969

Raape, Leo	Internationales Privatrecht, 5. Auf., Berlin und Frankfurt 1961
Raape, Leo Sturm, Fritz	Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Bd. I, München 1977
Rabel, Ernst	Das Problem der Qualifikation, RabelsZ (1931), 241, unveränderter Nachdruck, Darmstadt 1962 (nach letzterem Zitat)
Rabel, Ernst	The Conflict of Laws, Bd. I, 2. Aufl., Chicago 1958
Raiser, Ludwig	Die Zukunft des Privatrechts, Berlin 1971
Rehbinder, Eckhard	Zur Politisierung des internationalen Privatrechts, JZ 1973, 151 ff.
Reichelt, Gerd	"Europäischer" ordre public im autonomen Kollisionsrecht?, ZfRvgl. 1975, 217 ff.
Riezler, Erwin	Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin und Tübingen 1949
Rosenberg, Leo Schwab, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München 1977
Roth, Günter H.	Der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht, NJW 1967, 134 ff.
Roth, Günter H.	Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen, Bielefeld 1967
Rothoeft, Dietrich	System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968

Roux — Ein Beitrag zu der Lehre von der Collision der Gesetze mit einem Hinblick auf die diesfalbigen Bestimmungen im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen, N.F. 11 (1853), 393 ff.

Sandrock, Otto — Das "einseitige Kollisionsrecht für die Verfassung" und das ausländische Privatrecht: Viel Lärm um nichts?, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für Friedrich Alexander Mann, München 1977, S. 267 ff.

v. Savigny, Friedrich C. — System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840; Bd. VIII, Berlin 1849

Selb, Walter — Martin Wolff und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im internationalen Privatrecht, AcP 157 (1958/59), 341 ff.

Serick, Rolf — Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht, RabelsZ 18 (1953), 633 ff.

Siehr, Kurt — Ehrenzweigs lex fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), 585 ff.

Siehr, Kurt — Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und internationales Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ordre public, RabelsZ 36 (1972), 93 ff.

Siehr, Kurt — Die Reform des deutschen internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1973, S. 1971 ff.

Siehr, Kurt	Anmerkung zu OLG Frankfurt vom 2.5.1973, FamRZ 1973, 470
Siehr, Kurt	Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht, RabelsZ 37 (1973), 466 ff.
Simitis, Konstantin	Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, Marburg 1960
Simitis, Spiros	Anmerkung zu BGH vom 17.9.1968, StAZ 1969, 12 ff.
Soergel-Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart u.a. 1970 (Art. 7 - 31 EGBGB, bearbeitet von Kegel)
Sonnenberger, Hans-J.	Die Bedeutung des Grundgesetzes für das deutsche internationale Privatrecht, München 1962
Sonnenberger, Hans-J.	Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht im AGB-Gesetz, in: Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, München 1978, S. 377 ff.
Schlechtriem, Peter	Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahrensrecht, Karlsruhe 1966
Schlosser, Peter Coester-Waltjen, Dagmar Graba, Hans-Ulrich	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977
Schmeding, Jörg G.-A.	Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht, in: RabelsZ 41 (1977), 299 ff.
Schulte, Dieter	Die Anknüpfung von Eingriffsnormen insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im im internationalen Privatrecht, Bielefeld 1975

Schwander, Leo	Lois d'Application Immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnorm und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Zürich 1975
v. Schwind, Fritz, Frhr.	Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das internationale Privatrecht und ihrer Bekämpfung, RabelsZ 23 (1958), 449 ff.
Steindorff, Ernst	Sachnormen im internationalen Privatrecht, Frankfurt 1958
Steindorff, Ernst	Entwicklungen des deutschen internationalen Privatrechts, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum 9. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Tübingen 1974
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I und II. Tübingen 1973, Bd. III, Tübingen 1975
Stöcker, Hans A.	Grundrechtsschutz im Internationalprivatrecht, JR 1965, 456
Stöcker, Hans A.	Art. 30 EGBGB im Spannungsfeld zwischen Religion und Vernunft, StAZ 1968, 33 ff.
Stöcker, Hans A.	Vom ordre public-Vorbehalt zur international-privatrechtlichen Härteklausel, StAZ 1970, 325
Stöcker, Hans A.	Der internationale ordre public im Familien- und Familienerbrecht, RabelsZ 38 (1974), 79 ff.
Stühler, Hans-Ulrich	Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780 bis 1815, Dissertation, Tübingen 1977

Sturm, Fritz — Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Heidelberg 1967, S. 155 ff.

Sturm, Fritz — Durchbruch der Grundrechte in Fällen mit Auslandsberührung, FamRZ 1972, 16 ff.

Sturm, Fritz — Scheidung und Wiederheirat von Spaniern in der Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 37 (1973), 61 ff.

Sturm, Fritz — Der Name der Ehefrau aus kollisionsrechtlicher Sicht, FamRZ 1973, 403

Sturm, Fritz — Das Bundesverfassungsgericht in der Zwickmühle, StAZ 1973, 292 ff.

Teubner, Gunther — Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971

Thomas-Putzo — Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München 1977

Trutmann, Verena — Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen. Ein Beitrag zur Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen kollisionsrechtlichen Theorien, Basel und Stuttgart 1973

Valladao, Haroldo — Position of Private International Law as Regards the "International Internal" and "Public-Private" Dichtomies, in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Bd. III, Athen 1964, S. 529

Vallindas, Petros G. — Der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht, RabelsZ 18 (1953), 1 ff.

Vischer, Frank	Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung, in: Festschrift für Gerwig, Basel 1960, S. 167 ff.
Vischer, Frank	Internationales Vertragsrecht, Bern 1962
Vischer, Frank	Die Kritik an der herkömmlichen Methode des internationalen Privatrechts. Hintergründe und Versuch einer Antwort, in: Festschrift für Oscar Adolf Germann, Bern 1968
Vischer, Frank	Das Problem der Qualifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 90 (1971), 1 ff.
Vischer, Frank	Das neue Restatement "Conflict of Laws", RabelsZ 38 (1974), 128 ff.
Vogel, Klaus	Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, Frankfurt/ Berlin 1965
v. Waechter, Carl Georg	Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, AcP 24 (1841), 230 ff.; 25 (1842), 1 ff.; 360 ff.
v. Waechter, Carl Georg	Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Ein Beitrag zur Beurtheilung desselben, Leipzig 1853
Weischedel, Wilhelm	Recht und Ethik - Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des BGH, 2. Aufl., Karlsruhe 1959
Welzel, Hans	Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962

Wengler, Wilhelm — Die Vorfrage im Kollisionsrecht, RabelsZ 8 (1934), 148 ff.

Wengler, Wilhelm — Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 54 (1941), 168 ff.

Wengler, Wilhelm — Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollision, ZöffR 23 (1944), 473 ff.

Wengler, Wilhelm — Die Qualifikationen der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S. 337 ff.

Wengler, Wilhelm — Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte. Rechtsvergleichende Betrachtungen zum Staatsrecht und zum Kollisionsrecht, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860 – 1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 239 ff.

Wengler, Wilhelm — Rezension von Steindorff, Sachnormen im internationalen Privatrecht, AcP 158 (1960), 53 ff.

Wengler, Wilhelm — The general principles of private international law, Receuil des Cours 104 (1961 III), 273 ff.

Wengler, Wilhelm — Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht, in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Athen 1964, 323 ff. (= The Significance of the Principle of Equality in the Conflict of Laws, Law and Contemporary Problems 28 (1963), 822 ff.)

Wengler, Wilhelm — Anmerkung zu BGH vom 12.2.1964, JZ 1964, 621 ff.

Wengler, Wilhelm	Anmerkung zu BGH vom 29.4.1960, JZ 1965, 100 ff.
Wengler, Wilhelm	Anmerkung zu BGH vom 4.7.1969, NJW 1969, 2237
Wengler, Wilhelm	Der Mythos von der lex fori, in: JuS Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen 1969, S. 299 ff.
Wengler, Wilhelm	Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Eheschließungsfreiheit und den Schutz der Familie für das internationale Privatrecht, RabelsZ 36 (1972), 116 ff.
Wengler, Wilhelm	Die Qualifikation der Vaterschaftsanerkennung unter dem Islamrecht im internationalen Privatrecht, JR 1973, 488 ff.
Wengler, Wilhelm	Sonderanknüpfung, positiver und negativer ordre public, JZ 1979, 175 ff.
Weyers, Hans-Leo	Rezension von Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, NJW 1975, 489
Wieacker, Franz	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967
Wieacker, Franz	Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, Köln u.a. 1965
Wieacker, Franz	Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt 1974
Wiethölter, Rudolf	Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts, Berlin 1956

Wiethölter, Rudolf — Zur Frage des internationalen ordre public, in: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7 (9. Tagung 1965), Karlsruhe 1967, S. 133 ff.

Wiethölter, Rudolf — Internationales Nachlaßverfahren, in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts, Berlin/Tübingen 1969, S. 141 ff.

Wiethölter, Rudolf — Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht - Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, S. 213 ff.

Wilde, Harro — Die Beziehungen des nichtehelichen Kindes zu seinem Vater aus kollisionsrechtlicher Sicht, Dissertation, Tübingen 1977

Wolff, Martin — Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1954

Wuppermann, Michael — Vom ordre public zu neuer Qualifikation im deutschen internationalen Legitimationsrecht, NJW 1972, 1599 ff.

Wuppermann, Michael — Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im Internationalen Privatrecht seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiet des Familienrechts, Frankfurt 1977

Yntema, Hessel E. — Die historischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen 1954, S. 513 ff.

Zitelmann, Ernst — Internationales Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1897

Zweigert, Konrad — Nichterfüllung aufgrund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 14 (1942), 283 ff.

Zweigert, Konrad — Die dritte Schule im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Leo Raape, 1948

Zweigert, Konrad — Internationales Privatrecht und öffentliches Recht, in: 50 Jahre Institut für internationales Recht an der Universität Kiel, Hamburg 1965, S. 124 ff.

Zweigert, Konrad — Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, in: Law and International Trade - Recht und internationaler Handel, Festschrift für Clive M. Schmitthoff, Frankfurt 1973

Zweigert, Konrad — Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, RabelsZ 37 (1973), 435 ff.

Lebenslauf

Ich, Axel Epe, wurde am 28.4.1950 in Remscheid als Sohn des Kaufmanns Richard Epe und seiner Ehefrau Marlene, geb. Ibach geboren und bin deutscher Staatsangehöriger. Von 1956 bis 1960 besuchte ich die Volksschaule, sodann von 1960 bis 1968 die Leibniz-Schule, das städtische naturwissenschaftliche Gymnasium, in Remscheid. Dort absolvierte ich im Mai 1968 die Reifeprüfung. Von August 1966 bis zum Juli 1967 besuchte ich im Rahmen des Austauschprogrammes des American Field Service die Montclair Academy in Montclair, New Jersey, USA.

Vom Wintersemester 1968/69 bis zum Sommersemester 1970 studierte ich Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, vom Wintersemester 1970/71 bis zum Sommersemester 1971 setzte ich dieses Studium an der Universität München fort. Vom Wintersemester 1971/72 bis zum Wintersemester 1972/73 schloß ich dieses Studium an der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen ab, dort absolvierte ich die Erste Juristische Staatsprüfung im Mai 1973. Vom Juli 1973 bis zum Februar 1976 absolvierte ich den Referendardienst im Bezirk des Oberlandesgerichtes Stuttgart. Im Februar 1976 bestand ich die Zweite Juristische Staatsprüfung.

Vom 1. März 1976 bis zum 30. November 1977 war ich Dekanatsassistent der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität. Seit dem 1. Dezember 1977 bin ich als Rechtsanwalt in Düsseldorf tätig.